

Hamburg, 12.10.2010

Infobriefe 23 - 26

## **Verbraucherfinanzberatung**

**Zur Erlaubnispflicht der Finanzberatung der Verbraucherzentralen bei Kapitalanlagen der Verbraucher**

**Gutachten im Rahmen des Servicevertrages  
der Verbraucherzentralen  
auf Anfrage der VZ Baden-Württemberg**

erstellt von:

**Prof. Dr. Udo Reifner,  
RA Michael Knobloch,  
Dr. Achim Tiffe**



institut für  
finanzdienstleistungen e.V.

## Zusammenfassung

Verbraucherzentralen bieten den Verbrauchern eine ganzheitliche *Verbraucherfinanzberatung* an, die ökonomische, verbraucherpolitische, soziale und juristische Aspekte beinhaltet und über den Begriff der Anlageberatung im Sinne des Kreditwesengesetzes hinausgeht.

Die Verbraucherzentralen verstehen sich nicht als Konkurrenz zum Markt, sondern als Kontrollinstanz gegenüber dem Markt, um Missstände aufzudecken und als Hilfsinstanz für Verbraucher bei ihrer Entscheidungsfindung. Daher vermeiden die Verbraucherzentralen bewusst Interessenkonflikte, um allein im Interesse der Verbraucher zu beraten. Die Verbraucherfinanzberatung dient sowohl dazu, Verbraucher präventiv bei Produktentscheidungen zu unterstützen als auch bei entstandenen Problemen Verbrauchern in ihrer Situation zu helfen. Dazu müssen die persönliche Situation der Verbraucher und die Umstände, die zu der Anfrage bei der Verbraucherzentrale führten, ermittelt und mögliche zukünftige Ereignisse berücksichtigt werden. Berater empfehlen in der Verbraucherfinanzberatung nach dem eigenen Selbstverständnis heraus von sich aus keine einzelnen Produkte oder Anbieter, weil sie einzelne Marktteilnehmer bewusst nicht bevorzugen wollen. Daher arbeiten sie in der Regel mit Listen und Vergleichen, in denen ein Marktüberblick über empfehlenswerte Produkte gegeben wird. Lediglich eine beschränkte Auswahl an Produkten, die bestimmte Kriterien erfüllen, kann dazu führen, dass die Palette der aufgeführten Produkte entsprechend reduziert ist. Verbraucher sind oft nach der Suche einer neutralen Instanz, die ihnen bei einer Entscheidung hilft oder eine Empfehlung von Anbieterseite überprüft. Dabei sind rechtliche, ökonomische und soziale Fragen eng miteinander verbunden. Um Verbrauchern hier bei Ihrer Entscheidung zu helfen, müssen sie auf Nachfrage zu einzelnen Produkten konkret Stellung nehmen. Sie nehmen damit dem Verbraucher aber nicht seine Entscheidung ab, sondern versuchen ihn, anhand der mitgegebenen Erklärungen genügend Informationen zu vermitteln, damit sie ihre eigene Entscheidung treffen können. Dabei ist Transparenz für Verbraucherzentralen in der Verbraucherfinanzberatung sehr wichtig. Denn Verbraucher sollen gerade nicht einem Ratschlag des Beraters blind folgen, sondern die Kriterien verstehen, die sie für eine eigene Entscheidung benötigen. Die Verbraucherfinanzberatung nimmt damit eine gesellschaftliche Aufgabe wahr. Sie dient Verbrauchern als flächendeckende Anlaufstelle für Fragen zu Finanzdienstleistungen und als Mittel, Missstände wahrzunehmen, öffentlich zu machen und sich für ihre Abstellung einzusetzen. Dies widerspricht nicht der grundsätzlichen Entgeltlichkeit der Verbraucherfinanzberatung. Der Staat erwartet von den Verbraucherzentralen eine Einwerbung von finanziellen Mitteln. Das Angebot der Verbraucherzentralen muss daher zunehmend seine Leistungen entgeltlich anbieten. Die gesellschaftliche Aufgabe und die Gemeinnützigkeit als Verein gebieten es dabei, besonders gesellschaftlich benachteiligte Haushalte zu erreichen. Darauf nimmt die Verbraucherfinanzberatung sowohl inhaltlich als auch in seiner Entgeltstruktur Rücksicht. (Hierzu unter A; ab Seite 1)

Die Beratungen in der Verbraucherzentrale sind nicht als persönliche Empfehlungen in Bezug auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten im Sinne

des KWG anzusehen und die Tätigkeit der Verbraucherzentralen ist somit auch nicht erlaubnispflichtig.

Finanzinstrumente machen nur einen relativ geringen Anteil der Beratungen aus (Hierzu unter BII1, ab Seite 20). Wo sie vorkommen betreffen die Beratungen zudem lediglich Informationen zu bestimmten Anlagen oder Empfehlungen zu Anlagearten, ohne dabei ein bestimmtes Produkt zu benennen. Es verbleiben die Fälle indirekter, entscheidungsunterstützender „Empfehlungen“ zu bestimmten Finanzinstrumenten, ohne die eine ganzheitliche Verbraucherfinanzberatung gar nicht möglich wäre. Diese Beratungen stellen nach der hier vorgenommenen restriktiven Auslegung keine „Empfehlung“ im Sinne des KWG dar (Hierzu unter BII2, Seite 23). Als Unterfall besonders hervorzuheben sind dabei die Empfehlungen im Rahmen einer Rechtsberatung zu bestehenden, für den Verbraucher risikoreichen Finanzinstrumente des Verbrauchers (Hierzu unter BII3, ab Seite 27).

Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung den Begriff der Empfehlung weiter fassen würde, sind die Verbraucherzentralen nicht „Finanzinstitute“ im Sinne des KWG, denn das Volumen derartiger „Empfehlungen“ ist gering und der darauf entfallende Teil der Beratungen ist weder als gewerbsmäßig einzuordnen, noch erfordert er einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb (Hierzu unter BIII1, ab Seite 32).

Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung Verbraucherzentralen als Finanzinstitute einordnen würde, wäre eine der Ausnahmenvorschriften des KWG einschlägig. Verbraucherzentralen erbringen die Anlageberatung i.S.d. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG wenn überhaupt, dann nur im Rahmen ihrer ganzheitlichen Verbraucherfinanzberatung als Nebentätigkeit. Die Nebentätigkeit wird von den Verbraucherzentralen weder gesondert erfasst noch vom Verbraucher gesondert vergütet, so dass die Erlaubnispflicht gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 15 KWG entfällt. Im Übrigen kann die Erlaubnisfreiheit in Bezug auf Investmentanteile auch aus der Wertung des § 2 Abs. 6 Nr. 8 KWG, der für freie Handelsvertreter gilt (argumentum a maiori ad minus), abgeleitet werden. Verantwortliche Verbraucherfinanzberatung umfasst dazu immer auch eine rechtliche Beratung, weil die Finanzinstrumente rechtliche Gebilde sind und ihre Eigenschaften somit durch das Recht determiniert werden. Erfolgt eine Rechtsberatung mit Empfehlung, so ist die Beratung als erlaubnisfrei anzusehen, wenn sie durch einen Honoraranwalt erfolgt. Dies ergibt sich direkt aus § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG. Im Übrigen sind die auf die freien Berufe zutreffenden Wertungen auf die BeraterInnen in den Verbraucherzentralen übertragbar, so dass Verbraucherzentralen auch aus diesem Grund von den Regelungen des KWG auszunehmen sind (Hierzu unter BIII3, ab Seite 36).

## Inhaltsverzeichnis

A	VERBRAUCHERFINANZBERATUNG.....	1
I	Ziele und Selbstverständnis.....	1
1	Überregionale Standards der Verbraucherzentralen.....	2
2	Satzungsziele von Verbraucherzentralen.....	3
II	Der öffentliche Auftrag in der Verbraucherfinanzberatung.....	4
1	Gemeinnützigkeit und kommerzielle Anlageberatung.....	4
2	Verbraucherpolitische Dimension.....	7
3	Sozialpolitische Funktion.....	8
4	Bildungspolitische Komponente .....	9
5	Verbraucherfinanzberatung als eigene Beratungsform.....	10
III	Beispiele der Verbraucherfinanzberatung.....	12
IV	Zusammenfassung.....	13
B	RECHTLICHE BEURTEILUNG.....	15
I	Gesetzgeberisches Ziel der Erlaubnispflicht gem. § 1 Abs.1a KWG. ...	15
1	Gesetzesentstehung.....	15
2	Schutzzweck.....	18
II	"Anlageberatung" gem. §1 Abs.1a Ziff. 1a KWG.....	20
1	"Finanzinstrumente".....	20
2	"Empfehlung mit Bezug auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten".....	23
3	Erlaubnisfreie Anlage(rechts)beratung nach § 2 Abs. 1 Rechtsdienstleistungsgesetz.....	27
4	Ergebnis zur Anlageberatung gem. §1 Abs.1a Ziff. 1a KWG.....	32
III	"Finanzinstitut".....	32
1	In kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb.....	32
2	Gewerbsmäßiges Handeln.....	34
3	Nichtanwendbarkeit der Regelung.....	36
4	Ergebnis zu Finanzinstitut.....	40
IV	Verfassungskonformität des Ergebnisses: Art. 12 GG.....	40
V	Schlussfolgerung.....	45

## Sachverhalt

Die Verbraucherzentralen bieten verstärkt seit 1983 gemäß ihrem satzungsmäßigen Verbraucherschutzbeauftragtes Beratung zur Nutzung von Finanzdienstleistungen (Kredit, Anlage/Sparen/Vorsorge, Zahlungsverkehr und Versicherungen) für Verbraucher ("Verbraucherfinanzberatung") an, wobei entsprechend den finanziellen Möglichkeiten der Verbraucher und dem Beratungsbe- reich ein Kostenbeitrag verlangt wird.

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) sieht, nachdem sie zunächst mit Schreiben vom 29.01.2008 in dieser Tätigkeit eine erlaubnisfreie Beratung sah,<sup>1</sup> nunmehr mit Schreiben vom 18.12.2009 auf Grundlage einer veränderten Einschätzung der Sachlage<sup>2</sup> und der ihr bisher zugänglichen punktuellen Informationen aus einer Verbraucherzentrale sowie nicht näher bezeichneten öffentlichen Quellen in dieser Tätigkeit insoweit eine gem. § 32 KWG erlaubnispflichtige Tätigkeit, soweit die Beratung den Bereich der Anlagen im Sinne des § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG betrifft.

Diese Rechtsauffassung hätte zur Konsequenz, dass (1) die bisherige Beratung der Verbraucherzentralen insoweit einzustellen wäre, (2) eine Beratung ohne Erlaubnis eine bußgeldbewährte Untersagung gem. § 59 KWG nach sich ziehen würde und (3) sogar für die Leitung und die einzelnen Berater/innen gem. § 54 KWG eine strafbare Handlung wäre. Da diese Qualifizierung impliziert, dass Verbraucherzentralen als Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne des § 1 Abs. 1a KWG den Anforderungen des § 32 Abs. 1 KWG entsprechen müssen, die mit Struktur und Aufgaben einer Verbraucherzentrale unvereinbar sind, würde diese Auffassung dazu führen, dass den Verbraucherzentralen in einem wesentlichen Bereich des präventiven Verbraucherschutzes gerade bei den in der Finanzkrise besonders prekären Kapitalanlagen die Beratungsmöglichkeit genommen würde.

Da zugleich im Jahre 2010 die großen Presseverlage mit Abmahnungen und Schadensersatzforderungen gegen die seit 21 Jahren kontinuierlich aufgebaute Nutzung von Nachrichten über problematische Kapitalanlagen aus Zeitungsausschnitten in der Datenbank FIS money-advice.net auf Basis des Urhebergesetzes vorgehen,<sup>3</sup> ergibt sich das Paradox, dass im Gefolge der Finanzkrise und der massenhaften Anlegerschädigung nicht nur die Verkürzung der Anbieterhaftung von 30 auf allgemein 3 Jahre im Jahr 2002 durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, sondern zugleich auch die Beratungs- und Informationsmöglichkeiten der Verbraucher in diesem Segment entscheidend beschnitten werden.

---

<sup>1</sup> Mit Bezug auf die fehlende Gewinnerzielungsabsicht bei Verbraucherzentralen, „da die Beratungsentgelte der gemeinnützigen Verbraucherzentralen der Kostendeckung hinsichtlich der Beratungsdienstleistungen und nicht der Gewinnerwirtschaftung dienen,“ so dass der Tatbestand der Gewerbsmäßigkeit grundsätzlich entfalle.

<sup>2</sup> Aufgrund der Beratungsentgelte vermutet die BaFin die Absicht einiger Verbraucherzentralen „Beratungstätigkeitsüberschüsse“ zu erzielen, „die für die Finanzierung anderer Tätigkeiten der Verbraucherzentralen verwendet werden“.

<sup>3</sup> Siehe dazu den aktuellen FIS-Bericht 2010, der das Vorgehen der einzelnen Verlage seit Beginn 2010 dokumentiert.

Die Verbraucherzentralen vertreten dagegen die Auffassung, ihre auf Kapitalanlagen bezogene Verbraucherfinanzberatung sei nach geltendem Recht erlaubnisfrei, weil diese Beratung zum Kernbereich der Erfüllung ihres im Rahmen des Sozialstaatsgebotes (Art. 20 GG) gesetzlich anerkannten öffentlichen verbraucherpolitischen Auftrags zum Verbraucherschutz und zur "Zügelung wirtschaftlicher Macht" (§§ 3,4 UKlaG § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG; § 8 Abs. 1 Nr. 4 Rechtsdienstegesetz) ausdrücklich normiert ist.<sup>4</sup> Sie sehen sich in einer "Marktwächterfunktion",<sup>5</sup> zu der in der Vergangenheit auch die kritische Begleitung und Bewertung der Aufsicht der Finanzinstitute durch die BaFin gehörte. Die BaFin würde mit einem Verbot der Verbraucherberatung durch die Verbraucherzentralen und dem dadurch fehlenden Bezug der Verbraucherzentralen zu der Beratungspraxis im Anlagebereich paradoxerweise gleichzeitig auch einen langjährigen Kritiker ihrer eigenen Arbeit loswerden.

Zudem geben die Verbraucherzentralen in der Regel keine "Empfehlungen für bestimmte Produkte" und Anbieter ab, so dass § 1a Abs. 1a KWG für die Finanzberatung der Verbraucherzentralen nicht einschlägig sei.

Das *iff* hat diese Anregung aufgegriffen, obwohl diese Arbeit das im Rahmen der Servicebriefe Machbare deutlich sprengt, weil eine andere Finanzierung als Gutachten zur Zeit nicht erreichbar erscheint, so dass hiermit vier Servicebriefe in einer Ausgabe erscheinen. Es sieht im Verhalten der BaFin eine grundlegende Infragestellung der Verbraucherfinanzberatung in der Form, wie sie in den Projekten des Instituts mit den Verbraucherzentralen in den 80er Jahren entwickelt wurden.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Die Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß § 4 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG), Stand: 7. September 2010, auf die sich das UKlaG und das UWG beziehen, führt die Verbraucherzentralen der 16 Bundesländer sowie den Dachverband VZBV auf.

<sup>5</sup> „Ergänzend zur staatlichen Aufsicht, ist es erforderlich, die Marktwächterrolle der Verbraucherverbände zu stärken. Sie haben ihre Augen und Ohren dicht am Marktgeschehen und erkennen Missstände häufig früher als andere. Ein Konzept für einen unabhängigen Marktwächter hat der vzbv im vergangenen Jahr vorgelegt. Ziel ist es, Finanzprodukte, Produktinformationen, Anbieterverhalten, Vertriebs- und Marketingstrukturen laufend zu beobachten. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse sollen die Arbeit der staatlichen Finanzaufsicht unterstützen. Erst diese enge Verzahnung würde präventiv wirken und Verbraucher vor Verlusten effektiv schützen.“ Pressemitteilung des VZBV vom 28.06.2010: Regulierung des Finanzmarktes zügig angehen: Verbraucherzentrale Bundesverband fordert, nationale Handlungsspielräume zu nutzen.

<sup>6</sup> Siehe Reifner, Udo; Volkmer, Michael: Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, Campus, 1988.

## A Verbraucherfinanzberatung

Die vorliegende Darstellung (A.) konnte so ausführlich erfolgen, weil sie einem Beratungsprojekt entnommen wurde, das in der ersten Hälfte des Jahres 2010 vom iff im Auftrag der Verbraucherzentrale Hessen zur Evaluation und Verbesserung der Verbraucherfinanzberatung durchgeführt wurde. Wir entnehmen mit freundlicher Genehmigung der Verbraucherzentrale Hessen diesem Gutachten den Teil, in dem allgemein das Wesen der Verbraucherfinanzberatung als Grundlage für die empirische Untersuchung der Beratungsprozesse entwickelt wurde. Die Verteilungen und Inhalte dürften insgesamt charakteristisch für Beratung in Verbraucherzentralen sein.

### I Ziele und Selbstverständnis

Die Ziele der Finanzberatung der Verbraucherzentrale lassen sich in vier Kategorien einordnen:

Verbraucherpolitische Bedeutung	Soziale, gemeinnützige Funktion	Individuelle Dienstleistung	Behebung von Marktversagen
---------------------------------	---------------------------------	-----------------------------	----------------------------

Quelle: Eigendarstellung iff

Die Beratung kann als Teil der verbraucherpolitischen Arbeit betrachtet werden, auf Probleme aus Sicht der Verbraucher in der Öffentlichkeit hinzuweisen und politisch Einfluss zu nehmen, diese Probleme zu beheben. Die Beratung hat daneben auch eine soziale, gemeinnützige und karitative Funktion für Bürger, die sich den Zugang zum Markt nicht leisten können. Überschuldeten und Haushalte mit niedrigem Einkommen soll damit der Zugang zu einer Finanzberatung ermöglicht werden. Schließlich gibt es das Ziel, Verbrauchern eine individuelle Dienstleistung anzubieten, daraus angemessene Einnahmen zu generieren, womit man auch in Konkurrenz zu anderen Anbietern auf dem Markt tritt. Ein weiteres letztes Ziel ist ein niedrighschwelliges Angebot der objektiven Finanzberatung, weil dies für durchschnittliche Haushalte faktisch (noch) nicht existiert. Hier bieten Verbraucherzentralen gegen Entgelt für diejenigen an, die keinen Zugang zur Honorarberatung haben.

Die Arbeit der Verbraucherzentrale ist oft eine Mischung aus diesen Zielen. Je nach Schwerpunktbildung verändern sich für eine Verbraucherzentrale die Zielgruppen, die Erwartung der Verbraucher an die Beratung und die Ausrichtung des Angebots der Verbraucherzentrale.

Dabei gibt es eine Wechselwirkung. Bei der „verbraucherpolitischen Bedeutung“ dienen Einzelfälle dazu, aufgearbeitet und an die Öffentlichkeit gebracht zu werden. Anbieterverhalten muss erfasst und dokumentiert, auffälliges Verhalten registriert und nach außen gebracht werden. Durch die Finanzberatung werden Probleme erst sichtbar und können systematisch aufgearbeitet werden. Die Aufarbeitung der Fälle für die Öffentlichkeit führt zu einer verstärkten Aufmerksamkeit der Medien, die Einfluss auf die Nachfrage nach einer Finanzberatung bei den Verbraucherzentralen hat.

## 1 Überregionale Standards der Verbraucherzentralen

Die Verbraucherzentralen in Deutschland vertreten überwiegend ein abgestimmtes dreistufiges **System der Beratungsleistung**:

Stufe 1 = reine Verbraucherinformation Stufe 2 = klassische Beratung Stufe 3 = Rechtsberatung
---

Danach wird auch die dafür notwendige Qualifikation der Mitarbeiterinnen ausgerichtet:

Stufe 1 = Verweiskräfte Stufe 2 = Grundqualifikation + Berufserfahrung Stufe 3 = Volljuristen
---

**Einzelne Leistungsmerkmale**, Bausteine, Themenbeispiele oder Beratungsformen sind zu den vom Gegenstand her definierten einzelnen Stufen bisher nicht ausdrücklich definiert worden.

In dem **System ELVIS** lassen sich jedoch indirekt solche Leistungsanforderungen ablesen. Zur Erfassung von Verbraucheranliegen orientiert sich das System der Verbraucherzentralen an Vorgaben der Europäischen Union, den Consumer Score Boards. Es unterteilt die Beratung in eine Information vor der (Kauf-)Entscheidung und Beschwerden nach der getroffenen Entscheidung. Die Einteilung bietet auf der präventiven Ebene ein Grobraster<sup>7</sup> und ist im Beschwerde-Teil allgemein gehalten (Quality, Price, Warranty, Unfair Commercial Practices).

Das System ELVIS greift also die Unterscheidung zwischen Vorkaufs- und Nachkaufsberatung auf und legt den Schwerpunkt auf die individuelle Beratung der Verbraucher als Dienstleistung, während verbraucherpolitische Anliegen hier ausgespart sind.

Indirekt spielt diese Frage auch in der Diskussion über eine allgemeine **Dokumentation der einzelnen Beratungsfälle** der Verbraucherzentralen eine Rolle. Geht es dabei stärker um die Frage der Qualitätskontrolle individueller Beratung, so steht die Dienstleistungsfunktion im Vordergrund, geht es darum, Anbieterverhalten über die Beschwerde der Verbraucher zu dokumentieren, so wäre der kollektive Aspekt ausschlaggebend. Der interne Entwurf zur Dokumentation, der auf die Beratung im Anlage- bzw. Altersvorsorgebereich abstellt, favorisiert deutlich die Dienstleistungsfunktion der Beratung.

Die **Abgrenzung von der gewerblichen Finanzberatung** hat teilweise jedoch wieder das verbraucherpolitische Element in den Vordergrund gebracht. Soll man sich inhaltlich bewusst abgrenzen oder sich deren Regeln

<sup>7</sup> Nr. 3 Financial services: 3.1 Banking – Current account, 3.2 Banking – Credit, 3.3 Banking – Savings, 3.4 Banking – Other. 3.5 Investments, pensions and securities, 3.6 Insurance – Dwelling, 3.7 Insurance – Transport, 3.8 Insurance – Life, health and other

unterwerfen, heißt die Fragestellung. Folgende Punkte über Umfang und Tiefe der Beratung stehen dabei zur Diskussion:

- Alternative zur erlaubnispflichtigen Anlageberatung
- Beratung über Produkttypen oder auch Einzelempfehlungen
- Analyse der individuellen Verbrauchersituation
- Absage an Beratungsdokumentation
- fachliche Qualifikationstiefe der Beraterinnen (Fachfrau oder Verbraucheraktivist)
- Auswahl der Informationsbasis (Aktualität, Produkt-/Anbieterbezogen, wirtschaftliche Entwicklungen)
- Fragen zu Standards im Qualitätsmanagement

**Tests** der telefonischen Finanzberatung von Verbraucherzentralen von anbieternahen Institutionen ergaben bei einer einfachen Fallkonstellation,<sup>8</sup> dass Verbraucherzentralen zumindest teilweise Empfehlungen über einzelne Finanzdienstleistungen, hier Wertpapiere, abgaben. Die Mehrheit der Verbraucherzentralen beriet nicht telefonisch zu Wertpapieren. Die öffentliche Kritik hat jedoch Diskussion über Beratungsstandards der Verbraucherzentralen und die Ausrichtung der VZ-Beratung Anfang des Jahres 2010 noch einmal neu entfacht.

Das **Konzept „400+ Verbraucherzentrale der Zukunft“** des Dachverbandes VZBV, das von BeraterInnen als Idealbild von Verbraucherberatung genannt wurde, fordert unter dem Slogan „In meiner Nähe“ eine flächendeckende Beratung mit entsprechender Beratungsdichte und Ausbau der Beratungsstellen in Deutschland, was zum Teil eine Verdoppelung der Beratungsstellen bedeuten würde. Inhaltlich fordert das Konzept u.a. die Rechtsdurchsetzung (Abmahn-/Klageverfahren, Analysen, Studien und Fachexpertisen), Verbraucherinformation (Medien- und Öffentlichkeitsarbeit, Aktionen, Kampagnen), Verbraucherberatung im Bereich Finanzen, Versicherungen und Verbraucherrecht und Projekte im Finanzbereich (Altersvorsorge, Baufinanzierung, Geldanlage, Grauer Kapitalmarkt, Versicherungsberatungen und Insolvenzberatung). Es hat damit deutlich verbraucherpolitische Züge.

## 2 Satzungsziele von Verbraucherzentralen

Ziele und Zielgruppen der Verbraucherzentralen bei der Finanzberatung leiten sich aus der jeweiligen Satzung ab. Hier wird zum einen die Verbraucherpolitik (Warnhinweise, Warnungen vor Fehlentwicklungen) und zum anderen der individuelle Verbraucherschutz genannt.<sup>9</sup> Für die individuelle Beratung werden

<sup>8</sup> Procontra vom 19. April 2010: „Verbraucherzentralen im Test durchgefallen“, siehe zum Test: [www.procontra-online.de/2010/04/berater/verbraucherzentralen-im-test-durchgefallen/](http://www.procontra-online.de/2010/04/berater/verbraucherzentralen-im-test-durchgefallen/)

<sup>9</sup> Siehe zum Beispiel § 2 Der Satzung der Verbraucherzentrale Hessen vom 1.7.2004 mit explizitem Bezug auf Schuldenprävention und die Vorsorge fürs Alter, § 2 der Satzung der Verbraucherzentrale Schleswig-Holstein vom 3.6.2004, § 2 der Satzung der Verbraucherzentrale Hamburg in der Fassung vom 24.6.2003; § 2 der Satzung der Verbraucherzentrale Berlin vom 3.12.2009.

Standards erwähnt (Aktualität, Gleichartigkeit) und die konkrete Hilfestellung genannt. Auch sollen dabei regionale Strukturen gefördert werden. Im Einzelnen heißt es etwa in der Satzung der VZ Hessen, der Verein erfülle seinen Zweck unter anderem

- durch Warnhinweise für Verbraucher,
- durch Hinweise an die Politik zu Fehlentwicklungen im Markt,
- durch vorbeugenden Verbraucherschutz (z.B. Schuldenprävention und Vorsorge fürs Alter)
- durch individuelle Beratung,
- durch Hilfestellung und Vertretung von Verbrauchern,
- durch Mitwirkung bei der Gestaltung von Beratungsstandards, die die aktuelle und gleichartige Unterrichtung und Beratung der Verbraucher fördert,
- durch die Verfolgung von Verstößen der Anbieter und
- durch Unterstützung regionaler Strukturen.

## **II Der öffentliche Auftrag in der Verbraucherfinanzberatung**

### **1 Gemeinnützigkeit und kommerzielle Anlageberatung**

Kommerzielle Finanzberatung wird ganz überwiegend von denjenigen angeboten, die die beratenen Produkte anbieten oder an der Vermittlung dieses Angebots unmittelbar über Provisionen verdienen.

Von Anbieterseite aus erfolgt im Versicherungsbereich der Vertrieb vor allem durch Vermittler und Makler. Dazu kommen Vermittler bzw. Berater von Strukturvertrieben, die sämtliche Finanzdienstleistungen abdecken. Bei Konsumkrediten, soweit sie nicht direkt durch Bankmitarbeiter verkauft werden, findet eine „Beratung“ ausschließlich über Vermittler statt. Unabhängige Beratung im Zahlungsverkehr ist nicht bekannt. Allein in der Baufinanzierung sowie der Kapitalanlage hat sich eine Finanzberatung entwickelt, die nicht unbedingt Abschlüsse vermittelt und sich allein aus Provisionen finanziert. Darauf reagiert § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG, der damit als Auffangtatbestand für die nicht durch die Produkthersteller (z. B. Banken) selbst durchgeführten Beratungen fungiert und Umgehungen verhindern soll.

Allein bei der Kapitalanlageberatung sowie in sehr geringen Ansätzen in der Baufinanzierung erscheint es für die Verbraucher lohnend, eine Beratung in Anspruch zu nehmen, ohne zugleich dort etwas zu kaufen. Gleichzeitig bleibt dieser Bereich jedoch außerordentlich überwachungsbedürftig, weil sich in der Praxis gezeigt hat, dass fast alle Vertreter und Makler in dieser Weise auftreten, letztlich jedoch ihren Verdienst zusätzlich oder vollständig aus Zuwendungen der Anbieter ziehen und damit keine unabhängige Beratungsleistung anbieten.

Unabhängige Beratung in Finanzdienstleistungen hat sich daher ohne staatliche Subvention in den meisten Bereichen nicht etablieren können. Versuche

von Anbietern selbst, eine Honorarberatung in größerem Umfang für durchschnittliche Privathaushalte zu etablieren, sind in der Vergangenheit immer wieder gescheitert. Darauf reagiert das Angebot von staatlich subventionierten Einrichtungen, die gemeinnützig organisiert sind.

Wenn hier von Gemeinnützigkeit die Rede ist, so geht es nicht um den steuerrechtlichen Begriff der Gemeinnützigkeit, der von vielen praktischen Zufällen geprägt ist. Die Verbraucherzentralen haben nicht nur steuerrechtlich einen gemeinnützigen Auftrag, sondern erfüllen in jeder ihrer Beratungsleistungen auch dann eine Aufgabe von allgemeinem Nutzen, wenn sie hierfür einen Kostendeckungsbeitrag erheben.

Verbraucherfinanzberatung bezeichnet wie jede Beratungsleistung zunächst einen Prozess, in dem für Entscheidungssituationen ratsuchender Menschen im Bereich der Finanzdienstleistungen Informationen bereitgestellt *und* so vermittelt werden, dass die Ratsuchenden damit tendenziell in der Lage sind, diese Entscheidungen für sich zu optimieren. Im Unterschied zur kommerziellen Finanzberatung geht es also nicht darum, die Ratsuchenden zu einem bestimmten Produkt zu drängen und damit seinem Arbeitgeber (angestellte Vertreter) zu dienen oder eine Provision von einem (Einfirmenvertreter) oder mehreren (Mehrfirmenvertreter, Makler) Anbietern zu verdienen.

Damit ist die Beratung mehr als eine Information, weil sie Teile der Verantwortung für den Erfolg dieser Information beim Ratsuchenden mit übernimmt. Von der Bildung unterscheidet sich die Verbraucherfinanzberatung dadurch, dass sie sich auf konkrete Entscheidungssituationen einzelner Ratsuchender bezieht und damit eine Gewähr dafür übernimmt, dass die Information auf den konkreten Fall passt. Beratung ist somit immer konkret und individuell.

Für die Verbraucherberatung bedeutet dies, dass

- die Berater/innen sich vergewissern müssen, für welche konkrete und individuelle Entscheidungssituation der Rat gesucht wird,
- über die Hilfsmittel und das Wissen verfügen und es entsprechend verwenden, die allgemein für solche Entscheidungssituationen erforderlich sind,
- und im Gespräch mit den Ratsuchenden auf der Basis der konkreten Verständnis- und Handlungskompetenzen das Wissen so vermittelt wird, dass es nützlich werden kann.

Die klassischen Beratungsberufe sind Sozialberatungsberufe (z. B. Familien-, Sucht-, Schulden-, Erziehungsberatung), Heilberufe (Arzt), Rechtsanwälte, Steuerberater und Technologieberater. Während die zuletzt Genannten idealtypisch *Zutritt* zu den Hilfsmitteln in einem komplexen externen vom Ratsuchenden nicht zu durchschauenden System verschaffen (Türöffner zu Medizin, Recht, Steuerwesen, Technik), dominiert bei den Sozialberatungen die Orientierungshilfe der Ratsuchenden *in* dem System, in dem sie bereits leben und dessen Mittel sie (z. B. falsch) nutzen. In der Suchtberatung wird etwa der vorhandene Umgang mit dem Alkohol zum Thema. Es geht darum, die Kräfte für eine Hilfe zur Selbsthilfe zu aktivieren. Ebenso wichtig wie das Wissen um

die Beratungsgegenstände ist dabei die Fähigkeit, auf die Ratsuchenden und ihre Lebensumstände einzugehen. Inzwischen orientiert sich ein Teil moderner Rechts- und Gesundheitsberatung auch an diesen Selbsthilfeschancen. In Ausbildung und Praxis dominiert jedoch der Experteneffekt.

Praktisch bedeutet das, dass Sozialberatung als Verhaltensberatung überwiegend interaktiv, die Wissensberatung vor allem bei Zugang zu Technologie oder Gerichten dagegen überwiegend einbahnig vermittelt.

Finanzberatung als Teilbereich der Verbraucherberatung ist in der Praxis der Verbraucherzentralen entweder

- Problembewältigung (z.B. Verluste durch Lehman Zertifikate),
- Produktberatung (Produktauswahl und Nutzung etc.), oder
- begleitende Beratung zu finanzrichtigem Verhalten im Lebenszyklus.

Verbraucherberatung hat somit von beiden Beratungsbereichen Teile verwirklicht. Wird ein bestehendes Produkt erklärt, wie dies in den fünfziger Jahren etwa für die Technologieberatung der Verbraucherzentralen für Hausfrauen (Staubsauger, Herd, Waschmaschine etc.), später für den Computer und inzwischen auch für Investmentprodukte der Fall ist, so kann auf Standards der Technologie- und Medizinberatung zurückgegriffen werden.

Geht es dagegen um sinnvolles Marktverhalten und den "mündigen Verbraucher" sowie die Problembewältigung bei der Nutzung von Finanzdienstleistungen, so ist die Verbraucherberatung deutlich näher an der Sozialberatung. Es gibt somit nicht eine einzige zielführende Verbraucherberatung, sondern die Wahl der Mittel und Formen richtet sich nach dem jeweiligen Beratungsgegenstand.

Überwiegend wird es jedoch in der Verbraucherfinanzberatung um eine Verhaltensberatung gehen, die einen unmittelbaren und konkreten Erfolg der Nutzung einer Finanzdienstleistung im Leben der Verbraucher anstrebt bzw. entsprechende konkrete Schäden zu kompensieren sucht. Eine solche Beratung kann sich daher nicht auf Produktberatung beschränken.

Grundlage ist daher bei einer Verbraucherfinanzberatung eine „ganzheitliche Finanzberatung“, bei der zu der Vermittlung über das Produkt das Wissen und die Analyse der finanziellen Verhältnisse des Ratsuchenden hinzukommen. Wer eine Versicherung braucht, muss auch in der Lage sein, die Prämien dafür aufzubringen. Wer überschuldet ist, braucht auch persönliche Hilfe. Wo es um Rechtsfragen der Falschberatung geht, verlangt bereits das Recht, den konkreten Schaden im Vermögen des Kunden festzustellen. Ganzheitliche Finanzberatung ist daher immer mehrdimensional: Information zum Angebot und Selbsterkenntnis der eigenen Situation des Nachfragers. Die eigentliche Leistung der Beratung liegt dann darin, beides im Interesse der Verbraucher optimal aufeinander zu beziehen.

## 2 Verbraucherpolitische Dimension

Verbraucherfinanzberatung ist zunächst einmal Beratung zu Finanzdienstleistungen. Insoweit teilt sie den Gegenstand mit Banken, Versicherungen, Finanzmaklern und Strukturvertrieben, die ebenfalls zu diesen Leistungen und zudem noch überwiegend Verbraucher beraten. Der entscheidende Unterschied liegt daher nicht im Gegenstand, sondern in der Art der Beratung, die der Name "Verbraucherberatung" nur unzureichend wiedergibt. Damit könnte auch eine Beratung für Verbraucher als Zielgruppe gemeint sein.

Tatsächlich bedeutet dieser Begriff im Zusammenhang mit der gemeinnützigen Tätigkeit der Verbraucherzentralen auch mehr als die Zielgruppenbestimmung. Es geht um eine "verbraucherorientierte Beratung von Verbrauchern". Verbraucherorientierung bzw. Verbraucherperspektive auf dem Markt unterscheidet sich dabei von der Unternehmensperspektive insofern, als der unmittelbare Nutzen der erworbenen Waren und Dienstleistungen für Zwecke außerhalb des Marktes im Vordergrund steht und damit mit der reinen Gewinnerzielung, wie sie das unternehmerische Interesse und damit auch die Beratungsangebote der Anbieter und ihrer provisionsabhängigen Vermittler prägt, noch kein "Erfolg" erzielt ist.

Dabei fällt zunächst auf, dass die Ziele anders als in den Verbraucherberatungen der Wirtschaft einmal auf "die Verbraucher" insgesamt neben Zielen für die einzelnen Ratsuchenden gestellt sind. So sollen einmal "die Verbraucher" "gewarnt" werden. Verbraucherschutz soll für alle Verbraucher "vorbeugen", "die Verbraucher" sollen "unterrichtet" werden und es sollen "Hinweise an die Politik zu Fehlentwicklungen im Markt" vermittelt sowie Straftaten der Anbieter "verfolgt" aufgedeckt und regionale Strukturen gestärkt werden. Andererseits aber soll eine "individuelle Beratung", eine "Hilfestellung", "Vertretung" der einzelnen Verbraucher erfolgen und möglichst Probleme für sie in der Zukunft präventiv gemeistert werden.

Verbraucherfinanzberatung steht daher in einem Spannungsfeld zwischen einer rein am Nutzen des Einzelnen orientierten Beratung und zum anderen dem Erreichen verbraucherpolitischer Ziele. In der kurzen Blüte der Verbrauchertheorie Ende der 1970er Jahre hatte man sich theoretisch darauf geeinigt, dass Verbraucherpolitik ein Oberbegriff war, der sich in die Bereiche Verbraucherbildung, Verbraucherinformation und (rechtlicher) Verbraucherschutz aufteilte. Verbraucherberatung hatte damit keinen spezifischen Inhalt, sondern bezog sich bei den Verbraucherverbänden auf die verbraucherpolitische Ausrichtung. Verbraucherberatung war, wie sich aus der Gemeinnützigkeitsliste des Finanzministeriums ergab, eine Bezeichnung für alle Aktivitäten dieser verbraucherpolitisch ausgerichteten Institutionen. Inzwischen wurde in dieser Liste der Begriff *Verbraucherberatung* durch den Begriff *Verbraucherschutz* ersetzt. Verbraucherschutz erscheint heute als Oberbegriff zu dem Verbraucherinformation, Verbraucherbildung, Verbraucherpolitik und Verbraucherberatung die Teile sein könnten.

Die Aufteilung der Verbraucherzentralen in einen Bundesverband ohne Einzelberatung, bei dem Verbraucherbildung und Verbraucherpolitik mit Bereichen

wie Recht, Umwelt und Finanzen konzentriert sind einerseits und die Verbraucherzentralen der Länder, bei denen die Beratung dominiert, könnte zu dem Schluss verleiten, dass Verbraucherpolitik als Alternative zur Verbraucherberatung anzusehen wäre.

Verbraucherberatung ohne Verbraucherpolitik und Verbraucherpolitik ohne Verbraucherberatung sind jedoch schwer vorstellbar. Denn die Verbraucherberatung ist keine eindimensionale Wissensvermittlung an die Verbraucher sondern ein wechselseitiger Informationsprozess, bei dem die Verbraucherzentralen über die Probleme in der Wirtschaft ebenso wie über die Probleme bei den Verbrauchern oder im Rechtssystem wertvolle Informationen erhalten, auf denen sie die Legitimation aufbauen, "für die Verbraucher" politisch aufzutreten, "deren Wünsche" stellvertretend zu artikulieren, obwohl sie von diesen weder gewählt noch direkt mit einem politischen Mandat ausgestattet wurden. Umgekehrt besuchen aber viele Verbraucher gerade auch die Verbraucherberatung, weil sie von der Verbraucherzentrale ähnlich wie bei den Gewerkschaften nicht nur das Wissen, sondern auch eine gewisse Macht gegenüber der Anbieterseite für die Lösung ihrer Probleme erwarten, die sich aus der Bündelung vieler Verbraucherinteressen und der Marktwächterfunktion der Verbraucherzentralen ergeben. Verbraucherpolitik und Verbraucherberatung sind somit zwei sich gegenseitig nutzende und bedingende Teile des Verbraucherschutzes.

Die Vernetzung von Verbraucherberatung und Verbraucherpolitik erfordert, dass die Verbraucherfinanzberatung der Verbraucherzentralen so beschaffen sein muss, dass sie neben ihrem Auftrag, den Ratsuchenden anzuziehen, ihnen individuell zu helfen und gegebenenfalls von ihnen eine Kostendeckung zu erlangen, zugleich so gestaltet sein muss, dass sie die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung verbraucherpolitischer Ziele in Bezug auf die Verhaltensänderungen von Anbietern (Rechtmäßigkeit und Verbraucherfreundlichkeit) und Verbrauchern (Verbraucherkompetenz) erhöht.

### **3 Sozialpolitische Funktion**

Damit sind aber die von der Verbraucherberatung zu erreichenden Funktionen noch nicht erschöpfend beschrieben. Im letzten Jahrzehnt haben einige Verbraucherzentralen wie auch in Hamburg und Hessen damit begonnen, eine Schuldnerberatung für insolvente Verbraucher aufzubauen. Damit haben sie einen Schritt in die allgemeine Sozialberatung getan, wo bisher noch der Schwerpunkt der Schuldnerberatung im Bereich der sozialen Hilfe und bei den Wohlfahrtsverbänden liegt. Diese Beratung beschäftigt sich mit Verbrauchern, deren Insolvenz eine gewisse Hilflosigkeit im Umgang mit den eigenen Finanzen und den marktmässigen Angeboten dokumentiert. Ihnen ist nicht allein mit einer noch so guten Vermittlung von Informationen gedient, weil sie in aller Regel diese Informationen nicht in eigenes Verhalten umsetzen können. Dies liegt nicht nur an der Komplexität der Verfahren sondern vor allem daran, dass anders als bei anwaltlicher Klientel diese VerbraucherInnen oft den Überblick auch über die eigenen Finanzen verloren haben und auf eine umfassendere Hilfe angewiesen sind, die praktisch zu einer Betreuung führt.

Neben einer am individuellen und einer verbraucherpolitischen Beratung gibt es daher noch eine fürsorgende Beratung, die für die Verbraucher handelt und ihnen auch die persönlichen Verhältnisse ordnet.

Die Übernahme der Schuldnerberatung durch Verbraucherzentralen hat jedoch dieses Element nicht erst in die Verbraucherberatung eingeführt, sondern lediglich durch die Konkurrenz mit den anderen Schuldnerberatungsangeboten der Wohlfahrtsverbände besonders deutlich werden lassen. Fürsorge und Betreuung waren schon immer Teil der Verbraucherfinanzberatung, weil die Verbraucherzentralen sich kraft ihrer öffentlichen Förderung nicht auf eine zahlungskräftige und handlungsfähige Klientel beschränken lassen wollten.

Gerade im Finanzbereich zeigt sich vor allem in der Konsumkreditberatung, dass die Situation der Insolvenz sich schon frühzeitig andeutet und Verbraucher, die mit einem rechtlichen Anliegen in die Verbraucherzentralen kommen, häufig bereits den Überblick verloren haben und individuell hilflos sind. So übernahmen die Verbraucherzentralen in der Kampagne zu sittenwidrigen Ratenkrediten ab 1983 viele fürsorgende und betreuende Funktionen von der Problemdefinition ebenso bis zu Telefonaten mit dem Anbieter oder das Verfassen von Beschwerdebriefen stellvertretend für die Verbraucher. Dabei ging es auch damals innerhalb der rechtlichen Beurteilung darum, ob die Kredite relativ überhöht waren oder der Haushalt entsprechende Zahlungen ermöglichen würde. Der Berater wurde bereits hier zum Betreuer. Auch in der Baufinanzierung kann oft die Frage, wie viel sich der Verbraucher "leisten" kann, ihm nicht überlassen werden. Dasselbe gilt für die Altersvorsorge. Die Hinwendung zur breiten Masse der Verbraucher erfordert auch die Überschreitung der Grenzen individueller Dienstleistung hin zu einer fürsorgenden Tätigkeit und hat damit auch die Verbraucherzentralen in den Augen der Öffentlichkeit für Schuldnerberatung qualifiziert. Während die Beratung der Wohlfahrtsverbände in der Schuldnerberatung die Grenze der rein fürsorglichen Beratung zu Rechts- und Verbraucherberatung überschreiten muss, ist die bewusste Hinwendung zu stärker fürsorglich ausgerichteter Beratung in der Schuldnerberatung durch die Verbraucherzentralen auch verbraucherpolitisch legitimiert, weil sich gerade die Verbraucherprobleme besonders hilfloser Personen im Finanzsektor nur erkennen und behandeln lassen, wenn man diese Personen in die Verbraucherberatung bekommt, indem ihnen adäquate Angebote schafft.

#### **4 Bildungspolitische Komponente**

Die verbraucherpolitische Ausrichtung von Verbraucherberatung weist auch über den individuellen Fall hinaus. Während in der Öffentlichkeitsarbeit, Analyse sowie der Wahrnehmung der Verbraucherrechte für die Verbraucher eine nachhaltige Einwirkung auf das Anbieterverhalten angestrebt wird, geht es in der Verbraucherbildung darum, den Verbraucher selber nachhaltig so zu beeinflussen, dass er seine Interessen besser auf dem Markt durchsetzen kann.

Deshalb ist Verbraucherberatung auch Teil eines Konzepts zur Verbraucherbildung (Finanzieller Allgemeinbildung), mit dem eine größere Verbraucherkompetenz erreicht werden soll. In der Beratungspraxis vermischt sich daher finanzielle Allgemeinbildung – allgemeiner Vortrag über bestimmte Produkte, Themen und gesellschaftliche Probleme - mit der Lösung individueller Probleme in der Beratung.

Verbraucherberatung + Verbraucherbildung => Verbraucherkompetenz

Quelle: Schaubild angelehnt an Werner 2009, S. 115

Doch der Anreiz, diese Bildung in Anspruch zu nehmen, ergibt sich beim einzelnen Verbraucher aus der Beratung. Sie reagiert letztendlich immer auf individuelle Verbraucherprobleme,<sup>10</sup> deren Lösung dabei im Vordergrund steht.

## 5 Verbraucherfinanzberatung als eigene Beratungsform

Damit zeigt sich die Verbraucherfinanzberatung in einem Spannungsfeld von Fürsorge, Einzelberatung und Verbraucherpolitik. In der Literatur entspricht diese Aufteilung in etwa der Differenzierung zu den historischen Formen, die die Rechtsberatung für Arbeitnehmer von der Rechtsfürsorge für Arme durch wohlthätige Organisationen über die kollektive Selbsthilfe durch die gewerkschaftlichen Arbeitersekretariate ab 1890 bis hin zu den anwaltlichen Dienstleistungen der Neuzeit angenommen haben und bis heute auch dort noch nachweisbar sind.<sup>11</sup>

Fürsorge	Individuelle Dienstleistung	Kollektive Interessendurchsetzung
----------	-----------------------------	-----------------------------------

Verbraucherzentralen vereinen ebenfalls diese drei Formen in sich. So erfolgt die Produkt- und Rechtsberatung zunächst individuell und begrenzt auf die artikulierte Nachfrage des Kunden damit als Dienstleistung, die zudem entgeltlich erfolgt. Dort, wo die Probleme bereits eingetreten sind und insbesondere in der Schuldnerberatung finden sich dann Fürsorgeelemente, die zu einer Mischform von Fürsorge und individueller Dienstleistung führen.<sup>12</sup> Zum anderen sehen sich die Verbraucherzentralen aber auch als Sprachrohr der Verbraucher und arbeiten bestehende Probleme auf, bringen sie an die Öffent-

<sup>10</sup> Werner: Verbraucherbildung und Verbraucherberatung in der Altersvorsorge, 2009, S. 116.

<sup>11</sup> Blankenburg/Reifner, Rechtsberatung: Soziale Definition von Rechtsproblemen durch Rechtsberatungsangebote. 1982, S. 155. Reifner. Präventive und selbsthilfeorientierte Verbraucherrechtsberatung - Eine Alternative zur gerichtlichen Lösung von Verbraucherproblemen; In: Blankenburg/Gottwald,/Stempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, Köln 1982, 269-284; Reifner/Adler: Möglichkeiten für eine präventive und breitenwirksame Verbraucherberatung durch die Verbraucherzentralen; Zeitschrift für Verbraucherpolitik, Darmstadt/Neuwied 1981, 346-356; Reifner/Volkmer: Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, Ffm 1988.

<sup>12</sup> So schon Blankenburg/Reifner a.a.O. S. 158.

lichkeit und setzen die Ansprüche stellvertretend für die Verbraucher in Musterprozessen durch.

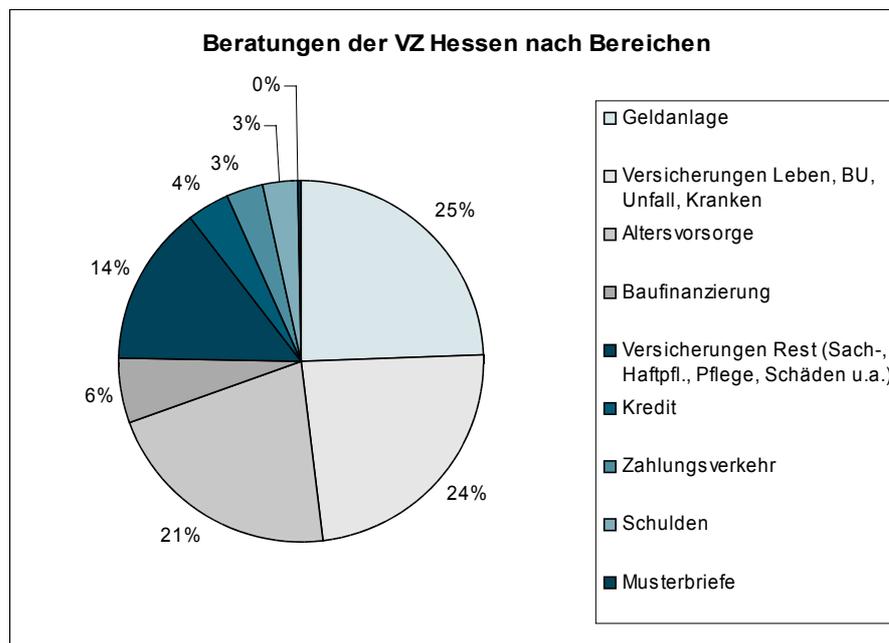
Bei den Beratungsformen ist eine Verschiebung hin zu einer stärkeren Dienstleistungsorientierung zu beobachten. Dies hat mit dem relativen Abbau staatlicher Subventionierung der Verbraucherberatung und dem dadurch ausgeübten Zwang zu größerer Wirtschaftlichkeit einerseits zu tun, andererseits aber entspricht es auch einem Selbstverständnis in der Nachfrage, wo Verbraucherbelange überwiegend individuell wahrgenommen werden. Entsprechend haben sich auch die Entgelte für die Dienstleistung der Verbraucherzentralen auf 100 bis 150 Euro für eine ausführliche Beratung entwickelt und damit die Erwartungen an den individuellen Mehrwert erhöht.

Fürsorge	<b>&lt;= Individuelle Dienstleistung =&gt;</b>	Kollektive Interessendurchsetzung
Rechtsbesorgung	<b>&lt;= Verbraucherberatung Finanzdienstleistungen =&gt;</b>	Verbraucherpolitik

Zwar sind auch heute Verbraucher noch bestürzt über das Verhalten von Banken und verlieren das Vertrauen in die Unternehmen. Sie organisieren sich aber nicht, es sei denn, es winkt ein konkreter eigener Vorteil und es gibt eine klar umgrenzte Gruppe, mit der sie sich identifizieren können. Die kollektive Interessendurchsetzung ist damit jedoch nicht aufgegeben. Sie wird lediglich unabhängig von der einzelnen Beratung von den Verbraucherverbänden erwartet, die Fälle sammeln, aufarbeiten und über die Medien verbreiten sollen. Deshalb finden auch gemeinsame (Gruppen-)Beratungsangebote nicht genügend Nachfrage, wenn es sich nicht um reine Informationsveranstaltungen handelt, die kostengünstiger sind als eine Einzelberatung - zum Beispiel zur Baufinanzierung oder Altersvorsorge.

Der hier interessierende Bereich der Kapitalanlageberatung macht nach den Angaben aus dem System ELVIS für Hessen 25% der Verbraucherfinanzberatung aus.

Abbildung 1: Beratung der VZ Hessen nach Bereichen



Quelle: Daten der VZ Hessen aus ELVIS Januar bis Mai 2010 - Eigendarstellung iff

### III Beispiele der Verbraucherfinanzberatung

**Drei Beispiele** aus unterschiedlichem Anlass sollen das verdeutlichen, die sich auf ein bestehendes Wertpapierdepots, eine Empfehlung von Anbietern und der Absicherung einer eigenen Kaufentscheidung beziehen:

- Problembewertung: Bewertung eines „offenen Immobilienfonds“ im Sommer 2010, der geschlossen wurde und der Frage, wie man als Verbraucher darauf reagieren soll (langfristiges Halten, sofortiger Verkauf auf dem Zweitmarkt, Verkauf bei Wiederöffnung).
- Zweite unabhängige Meinung: Nachfrage, ob die empfohlene Umschichtung des Bankberaters sinnvoll ist oder man das Wertpapierdepot in der Form belassen sollte.
- Konkrete Absicherung einer getroffenen Kaufentscheidung: Frage des Verbrauchers, ob man den konkreten Fonds XY aus der Liste von Finanztest kaufen könne.

Im Wesentlichen erfolgt eine Verbraucherfinanzberatung in Bezug auf Finanzinstrumente daher in folgenden Bereichen:

- Rechtliche Beratung wie Aufklärungs-, Beratungsverschulden, Schadensersatz, Rückabwicklungsansprüche
- Einholen einer unabhängigen zweiten Meinung zu Kauf/Verkauf/Halten „bestimmter Finanzinstrumente“ Schutzzweck: Vermeidung von Fehlentscheidungen

- Allgemeine Informationen über bestehende Finanzinstrumente (Kriterien zur Bewertung etc.)
- Konkrete Empfehlungen zu „bestimmten“ Finanzinstrumenten (Anlageberatung i.S.v. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG) i.d.R. nur Verkauf-/Halte-Empfehlungen zur Risikobegrenzung bzw. Schadensvermeidung (Konkrete Kaufempfehlungen erfolgen in der Verbraucherfinanzberatung i.d.R. nicht, da auf Listen, Vergleiche etc. verwiesen wird).

#### IV Zusammenfassung

Die verschiedenen Ziele und Funktionen im Spannungsverhältnis individueller Beratung und verbraucherpolitischer Ausrichtung lassen sich auch in einem zeitlichen Ablaufschema für Verbraucherprobleme anordnen.

#### Phasen in der Verbraucherfinanzberatung

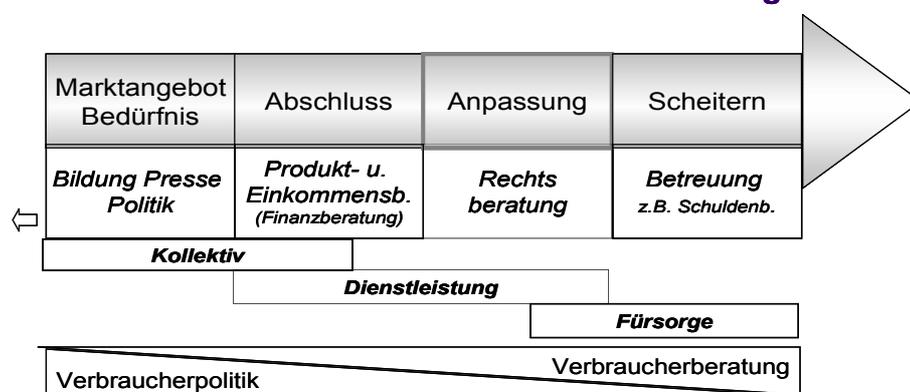


Abbildung 2: Phasen in der Verbraucherfinanzberatung

(1) Jedes Verbraucherproblem bei Finanzdienstleistungen beginnt mit einem Angebot auf dem Markt und einem Bedürfnis beim Verbraucher. Beide sind zwar generell, das heißt kollektiv aufeinander bezogen. Es fehlt jedoch noch die Individualisierung, so dass hier die Verbraucherpolitik ihren Schwerpunkt hat. Mit Bildungsmaßnahmen für Verbraucher, Öffentlichkeitsarbeit und politischem Druck versuchen die Verbraucherzentralen auf der Grundlage der Informationen aus der Beratung Verbraucherstandpunkte durchzusetzen.

(2) Nachdem der Verbraucher sein Interesse an einer Finanzdienstleistung konkretisiert hat, individualisiert sich der Vorgang auf einen ratsuchenden Verbraucherhaushalt sowie einen oder mehrere Angebote. Die Beratung wird jetzt als Abschlussberatung in der Form individueller Dienstleistung erbracht.

(3) Tritt ein Problem auf wie Zahlungsschwierigkeit, Schäden und überhöhte Gebühren oder Wertverlust in der Anlage durch Falschberatung, so hat der Verbraucher in der vor allem nur noch rechtliche Hilfsmittel. Auch hier dominiert die Dienstleistungsform. Gleichzeitig kann aber durch die Verallgemeinerung von Rechtsverletzungen eine kollektive Dimension erreicht werden, wenn zum Beispiel ein Musterprozess geführt oder eine Verbandsklage das individuelle Probleme verallgemeinert aufgreift. Umgekehrt kann die Rechtsberatung bereits Züge der Fürsorge annehmen.

(4) Bei Scheitern im Finanzbereich treten häufig weitere Probleme im Haushalt auf, die Selbsthilfe erschweren. In der Schuldnerberatung oder der Kreditberatung nach Kreditkündigung, in der Beratung von Verbrauchern, die auf ruinöse Anlageprodukte hereingefallen sind, geht die Beratung schon über den Rahmen der Dienstleistung hinaus und enthält Elemente der Fürsorge.

(5) Die Tätigkeit „Verbraucherfinanzberatung ist auch von der Europäischen Kommission anerkannt. Dies ergibt sich aus einer jüngeren Ausschreibung der DG Sanco vom 26.05.2010<sup>13</sup>:

*To map across the EU all existing non profit general financial advice (GFA) entities active in advising consumers at national, regional or local level and the scope of the service they provide. For the purposes of this contract a GFA entity is defined as an entity which:*

*-is non-profit;*

*-does not recommend nor sell specific financial products from specific financial services providers and*

*-provides, possibly amongst other activities, general financial advice to consumers.*

*The term "general financial advice" should be understood as personalised guidance on purchase processes in financial services as well as advice about consumer's specific needs. The envisaged general financial advice does not amount to a recommendation of specific products or providers. It is limited to personalised information advising consumers on the general characteristics and caveats relating to the purchase of a financial product. Such guidance may include guidance on selling practices of different financial services providers, such as credit institutions and intermediaries, investment firms and advisors, insurance undertakings and intermediaries.*

An anderer Stelle heißt es weiter:

*The service of "general financial advice" can help to empower consumers to achieve these outcomes. The purpose of this service is not to recommend the purchase of specific products, but to provide guidance on how to buy smartly from any financial provider. General financial advice is not a replacement for, but rather a complement to, advice provided by financial institutions. It entails the provision of personalised information on the purchase processes, but stops short of recommendations to buy specific products from specific providers. It can also cover general financial planning and the kinds of products that a consumer should be considering given their particular needs. For the purpose of this study, we refer to this service as "general financial advice". The Commission services are aware of organisations across the EU that provide different elements of general financial advice. The purpose of this study is to identify and map out such organisations in all Member States. This mapping exercise is part of a larger initiative to increase the capacity of such organisations, amongst others, by targeted training. The Commission services would like to develop training modules on key topics concerning consumer purchase processes in financial services. The modules will address, amongst other things, issues which were identified and examined by the Commission in the context of the financial crisis.*

---

<sup>13</sup> Zitat aus Sanco Framework Contract on Evaluation, Impact, Assessment and related Services, Terms of Reference, Ref. Ares(2010)607846 – download unter: [http://ec.europa.eu/food/plant/propertyrights/docs/eval-CPVRR\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/food/plant/propertyrights/docs/eval-CPVRR_en.pdf).

## B Rechtliche Beurteilung

Die Bundesanstalt für Finanzaufsicht geht davon aus, dass Verbraucherfinanzberatung der Verbraucherzentralen erlaubnispflichtig sein könnte, weil es sich dabei um eine Tätigkeit handelt, die Finanzdienstleistungsinstituten vorbehalten ist und die damit unter die Erlaubnispflicht im Sinne des §32 Kreditwesengesetz (KWG) fällt.

Das KWG definiert in § 1 Abs. 1a:

*Finanzdienstleistungsinstitute sind Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und die keine Kreditinstitute sind.*

Zu den Finanzdienstleistungen i.S. des § 1 Abs. 1a KWG gehört gemäß Ziff. 1a

*die Abgabe von persönlichen Empfehlungen an Kunden oder deren Vertreter, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen, sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird und nicht ausschließlich über Informationsverbreitungskanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben wird (Anlageberatung), ...*

Wer danach als Unternehmen eine Anlageberatung für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringt, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und nicht unter bestehende Ausnahmen des KWG fällt, bedarf damit der Erlaubnis durch die Bundesanstalt gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 KWG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a KWG.

Erlaubnispflichtige Verbraucherfinanzberatung besteht aber nur für den Bereich der Anlageberatung, die zudem die folgenden Kriterien erfüllen muss.

- Abgabe von persönlichen Empfehlungen,
- die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen,
- sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird.

Zu prüfen ist damit, inwieweit die oben beschriebene Verbraucherfinanzberatung diesen Tatbestand erfüllt.

## I Gesetzgeberisches Ziel der Erlaubnispflicht gem. § 1 Abs.1a KWG

Dabei soll hier ausnahmsweise vor den klassischen Interpretationsmethoden der Telos der Norm erörtert werden. Im folgenden wird hierzu kurz die Gesetzesgenese dargestellt und hieraus sowie aus dem Gesetz selbst werden die Ziele des Gesetzgebers hinsichtlich der Erlaubnispflicht abgeleitet.

### 1 Gesetzesentstehung

Die Anlageberatung unterfiel ursprünglich nicht der Erlaubnispflicht im Kreditwesengesetz. Im Jahr 1998 wurde mit der 6. KWG-Novelle die Zuständigkeit des damaligen Bundesaufsichtsamts für Kreditwesen (BAKred) - heute Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) - neben Kreditinstituten auf Finanzdienstleistungsinstitute gemäß § 1 Abs. 1a KWG ausgedehnt. Umfasst war damit u.a. die Anlage- und Abschlussvermittlung und die Finanzportfolio-

verwahrung, nicht aber die Anlageberatung an sich,<sup>14</sup> die nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1a S. 2 KWG alter Fassung keine Finanzdienstleistung war. Bis zum Jahr 2007 war die Anlageberatung ausschließlich in § 1 Abs. 3 Nr. 6 KWG geregelt. Danach war ein Unternehmen, deren Haupttätigkeit in einem der genannten Punkte in § 1 Abs. 3 KWG bestand und kein Finanzinstitut war, ein Finanzunternehmen. Finanzunternehmen unterlagen weder der Solvenzaufsicht, noch war ihre Tätigkeit erlaubnispflichtig. Zudem handelte es sich um ein Finanzunternehmen i.S.v. § 1 Abs. 3 KWG nur dann, wenn seine „Haupttätigkeit“ in diesem Bereich lag. Anknüpfungspunkt war dafür insbesondere der Anteil am Gesamtumsatz.<sup>15</sup> Es gab daher bis Ende 2007 keinen Anknüpfungspunkt für eine Erlaubnispflicht und Überwachung von Verbraucherzentralen durch das BAKred bzw. die BaFin, weil vom Umfang her die vom KWG umfasste Anlageberatung keine Finanzdienstleistung war und nur dann vom KWG erfasst wurde, wenn es als Haupttätigkeit von Unternehmen betrieben wurde. Bei Verbraucherzentralen konnte aufgrund ihrer zahlreichen Geschäftsfelder (Umwelt-, Energie-, Haushalts-, Rechts-, sonstige Finanzberatung, Infothek etc.) eine etwaige Anlageberatung keinesfalls als Haupttätigkeit gewertet werden, unabhängig davon, dass auch bei der Bejahung der Haupttätigkeit in diesem Bereich, es keiner Erlaubnis durch das BAKred bzw. der BaFin bedurft hätte.

In die weitere Entwicklung fiel in Deutschland das Scheitern des so genannten „Neuen Markts“: Während bis zum Ende des letzten Jahrtausends das öffentliche Interesse für die Anlage in Aktien noch relativ begrenzt war, änderte sich dies durch den Börsengang der Deutschen Telekom im Jahr 1996. Die medienwirksame Einführung der Telekom-Aktie rief eine vielfach naive Begeisterung für die Anlage in Aktien in der Bevölkerung aus und verschaffte dem Neuer-Markt-Index einen Höhenflug, der Anfang 2000 seinen Höchststand bei etwa 8.500 Punkten verzeichnete. Im selben Jahr stürzte der Index dann auf weniger als ein Drittel des Höchstwerts (auf etwa 2.700 Punkte) ab. Im Jahr 2003 wurde dann der börsliche Handel im Segment Neuer Markt eingestellt.<sup>16</sup> Solche und ähnliche Entwicklungen veranlassten die Europäische Kommission im Jahr 2002 zu einem Richtlinienvorschlag, veröffentlicht im Amtsblatt der EU C 71 E vom 25.03.2003, S. 62ff. Der Vorschlag regelt sowohl die formale Erlaubnispflichtigkeit von Finanzdienstleistungsinstituten, als auch Wohlverhaltens- und Insiderregeln, die bei der Beratung zu beachten sind. Im Entwurf der Kommission heißt es zur Begründung:

*Es wird vorgeschlagen, die Anlageberatung als eigenständiges, zunehmend bedeutsames Finanzgeschäft anzuerkennen. Die Einstufung der Anlageberatung als Wertpapierdienstleistung dürfte zur Schaffung eines rechtlichen Rahmens beitragen, der den Risiken, die dem Anleger aus diesem Geschäft erwachsen, in angemessener und flexibler Weise gerecht wird. Die Aufnahme in die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie wird in erster Linie bewirken, dass Anlageberater den in der Richtlinie enthaltenen Bestimmungen über Erstzulassung und laufende Pflichten unterworfen werden. Proportionale und angemessene Aufsichtsvorschriften sind gerechtfertigt,*

<sup>14</sup> Boos/Fischer/Schulte-Mattler Kreditwesengesetz, Kommentar, 2000, § 1, Rz. 120 .

<sup>15</sup> Boos/Fischer/Schulte-Mattler Kreditwesengesetz Kommentar, 2000, § 1 Rz. 154 ff.

<sup>16</sup> Zum ganzen ausführlich und mit vielen Nachweisen Migge, „Wirtschaftsjournalismus vs. Finanzanalyse?“, working paper series no 39/2010, Institute for Monetary and Financial Stability, Frankfurt (Main), S. 5ff.

*um das Risiko einer unsachgemäßen Beratung des Anlegers oder eines unprofessionellen/dem Berufsethos zuwiderlaufenden Verhaltens durch Berater eingedämmt werden.*

In dem Vorschlag geht die Kommission davon aus, dass mindestens 4.000 Berater im Vereinigten Königreich, 7.000 in Italien und noch mehr in Deutschland der neuen Regulierung unterfallen würden. Der Kommission folgend wurde im Jahr 2004 die Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente („MIFID“), die nun auch die Anlageberatung der Aufsicht unterstellte, erlassen.

*Erwägungsgrund (2): In den letzten Jahren wurden immer mehr Anleger auf den Finanzmärkten aktiv; ihnen wird ein immer komplexeres und umfangreicheres Spektrum an Dienstleistungen und Finanzinstrumenten angeboten. Angesichts dieser Entwicklungen sollte der Rechtsrahmen der Gemeinschaft das volle Angebot der anlegerorientierten Tätigkeiten abdecken. Folglich ist es erforderlich, eine Harmonisierung in dem Umfang vorzunehmen, der notwendig ist, um Anlegern ein hohes Schutzniveau zu bieten und Wertpapierfirmen das Erbringen von Dienstleistungen in der gesamten Gemeinschaft im Rahmen des Binnenmarkts auf der Grundlage der Herkunftslandaufsicht zu gestatten.*

Die Notwendigkeit, die Anlageberatung strenger zu regeln begründete der Europäische Gesetzgeber wie folgt:

*Erwägungsgrund (3): Angesichts der wachsenden Abhängigkeit der Anleger von persönlichen Empfehlungen ist es zweckmäßig, die Erbringung von Anlageberatungen als eine Wertpapierdienstleistung aufzunehmen, die einer Zulassung bedarf.*

Die Gefahren und Gründen einer unsachgemäßen Beratung führt der europäische Gesetzgeber auch Interessenkonflikte an. So heißt es in den Erwägungsgründen der MIFID weiter:

*(Erwägungsgrund 29): Das immer größere Spektrum von Tätigkeiten, die viele Wertpapierfirmen gleichzeitig ausführen, hat das Potenzial für Interessenkonflikte zwischen diesen verschiedenen Tätigkeiten und den Interessen der Kunden erhöht. Daher ist es erforderlich, Bestimmungen vorzusehen, die sicherstellen, dass solche Konflikte die Interessen der Kunden nicht beeinträchtigen.*

Mit dem Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz (FRUG)<sup>17</sup> wurde die persönliche Anlageberatung in § 1 Abs. 1a Nr. 1 KWG neu geregelt und unter den Begriff Finanzdienstleistungen in § 1 Absatz 1a KWG eingeordnet.<sup>18</sup> Anlageberatung wurde damit von einer erlaubnisfreien Wertpapiernebenleistung zu einer Hauptdienstleistung.<sup>19</sup> Damit fällt die persönliche Anlageberatung seit dem Jahr 2007 gleichzeitig unter den Begriff Finanzdienstleistungen, wodurch die Anlageberatung unter den genannten Voraussetzungen erlaubnispflichtig wurde. Die genannte Richtlinie sieht in Artikel 3 fakultative Ausnahmemöglichkeiten für die Mitgliedstaaten unter anderem dann vor, wenn in Bezug auf Finanzinstrumente<sup>20</sup> lediglich eine Anlageberatung betrieben wird. Entsprechende Ausnahmen wurden in § 2 Abs. 6 Nr. 8, Nr. 15 und Abs. 10 KWG umge-

<sup>17</sup> BGBl. I 2007, S. 1330 ff., Inkrafttreten der Regelung zur Anlageberatung am 1. November 2007 gem. Art. 14 Abs. 3 iVm. Art. 3; siehe zur Umsetzung insgesamt: Veil WM 2007, 1821; Teuber BKR 2006, 429; Kühne BKR 2005, 275; Mülbner WM 2007, 1149.

<sup>18</sup> Die darüber hinausgehende Anlageberatung zum Beispiel im Fall generischer Empfehlungen wird weiterhin von § 1 Abs. 3 Nr. 6 KWG erfasst und nicht erlaubnispflichtigen „Finanzunternehmen“ zugeordnet. Siehe dazu Boos/Fischer/Schulte-Mattler Kreditwesengesetz Kommentar, 2008, § 1 Rz. 165 ff. (170) und BT-Ds. 16/4028, S. 90.

<sup>19</sup> BT-Ds. 16/4028, S. 52.

<sup>20</sup> Zur Definition von Finanzinstrumenten siehe Anlage C der Richtlinie 2004/39/EG.

setzt. Weiterhin führte die MIFID-Richtlinie zu einer Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes, in dem die materiellen Anforderungen an die Anlageberatung neu geregelt wurde.

## **2   Schutzzweck**

Aus den oben genannten Erwägungen der Gesetzgeber und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich, dass Ziel des Gesetzgebers der Schutz der Verbraucher vor unsachgemäßer Anlageberatung war. Zweck war es, die Verbraucher vor wirtschaftlichen Schäden zu bewahren, wie sie massenweise seit Beginn dieses Jahrtausends eintraten. „Unsachgemäß“ ist danach eine Beratung, die der Komplexität der (neuen) Finanzinstrumente nicht gerecht wird, die Funktionsweise und Wirkung dieser Instrumente also – bezogen auf den einzelnen Verbraucher – nicht erklären kann. „Unsachgemäß“ ist außerdem eine Beratung, die nicht im alleinigen Interesse des Verbrauchers erfolgt, sondern von Eigeninteressen geleitet ist ohne diese Interessenskonflikte offenzulegen. Dies ist insbesondere bei wirtschaftlichen Interessen der Berater der Fall, wenn Empfehlungen unter dem Druck, hohe Umsätze erzielen zu müssen oder provisionsgeleitet abgegeben werden. Zwar findet sich das Provisionsargument nicht direkt in der Begründung zur Regelung der Anlageberatung nach dem KWG, es durchzieht aber die ganze MIFID-Richtlinie, die wie oben beschrieben neben der Erlaubnispflichtigkeit auch die Anforderungen an die Beratung selbst aufstellt. Schließlich soll die Regulierung auch dazu dienen, den Verbrauchern zu ermöglichen, Institute wirksam in Regress nehmen zu können, wenn diese durch eine unsachgemäße Beratung Schäden verursacht haben.

Die gesetzgeberische Zielsetzung findet ihre Entsprechung in den Anforderungen, die das KWG an Finanzdienstleistungsinstitute stellt. Die Voraussetzungen der Erlaubniserteilung bei Finanzdienstleistungsinstituten sind insbesondere durch § 32 .2 Nr. 1 bis 6c; 7,8 KWG und durch die *„Verordnung über die Anzeigen und die Vorlage von Unterlagen nach dem Kreditwesengesetz“* (AnzV 2006) geregelt. Nachzuweisen sind demnach ein geeigneter Nachweis der zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel, die Angabe der Geschäftsleiter, die Angaben, die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit der Antragsteller und der in § 1 Abs. 2 Satz 1 KWG bezeichneten Personen erforderlich sind, die Angaben, die für die Beurteilung der zur Leitung des Instituts erforderlichen fachlichen Eignung der Inhaber und der in § 1 Abs. 2 Satz 1 bezeichneten Personen (Geschäftsleiter) erforderlich sind, einen tragfähigen Geschäftsplan, aus dem die Art der geplanten Geschäfte, der organisatorische Aufbau und die geplanten internen Kontrollverfahren des Instituts hervorgehen, sofern an dem Institut bedeutende Beteiligungen gehalten werden Angaben zu den Beteiligungen, die Angabe der Tatsachen, die auf eine enge Verbindung zwischen dem Institut und anderen natürlichen Personen oder anderen Unternehmen hinweisen, die Angabe der Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans nebst der zur Beurteilung ihrer Zuverlässigkeit und Sachkunde erforderlichen Tatsachen. Die Höhe der erforderlichen finanziellen Mittel richtet sich grundsätzlich nach § 10 KWG (Eigenmittelausstattung von Instituten), der jedoch lediglich die (komplizierten) Berechnungsgrundlagen beinhaltet. Eine Wertung

ist § 33 KWG („Versagung der Erlaubnis“) zu entnehmen. Danach ist die Erlaubnis zu versagen, wenn ein erforderliches Mindestanfangskapital nicht zur Verfügung steht. Die Norm unterscheidet die Institute je nach Handlungsfeld. Je nach Einordnung müssen die erforderlichen Anfangsmittel einen Gegenwert von mindestens 50.000 Euro (Anlageberater) beziehungsweise 125.000,00 Euro (sonstige Institute) haben.<sup>21</sup> Eine Versicherungspflicht ist nach dem KWG nicht zwingend vorgesehen. Jedoch bestimmt § 33 Abs. 1 S. 2 KWG, dass einem Anlageberater, der nicht befugt ist, sich bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren von Kunden zu verschaffen, und der nicht auf eigene Rechnung mit Finanzinstrumenten handelt, die Erlaubnis nicht zu versagen ist, wenn er anstelle des Anfangskapitals den Abschluss einer geeigneten Versicherung zum Schutz der Kunden, die eine Versicherungssumme von mindestens 1 Mio. Euro für jeden Versicherungsfall und eine Versicherungssumme von mindestens 1,5 Mio. Euro für alle Versicherungsfälle eines Versicherungsjahres vorsieht, nachweist. Die Geschäftsleiter haben ihre fachliche Eignung sowie ihre Zuverlässigkeit nachzuweisen. Hierzu macht § 14 Abs. 4 und 6 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 AnzV weitere Vorgaben.<sup>22</sup> Aus dem Geschäftsplan ist müssen sich gemäß § 14 Abs. 7 AnzV die Art der geplanten Geschäfte, der Organisationsaufbau und das interne Kontrollverfahren des Instituts ergeben. Hierzu ist ein Organigramm erforderlich.

Hinsichtlich der Qualifikation der Mitarbeiter, die Anlageberatung erbringen, macht das KWG in seiner derzeit gültigen Fassung keine Vorgaben. In der aktuellen Diskussion ist eine Anzeigepflicht im Rahmen des Gesetzentwurfs zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes<sup>23</sup>. Danach sind nach dem neu zu fassenden § 34d Abs. 1 bis 3 WpHG-E Mitarbeiter und deren Qualifikation und die organisatorische Einbindung der BaFin anzuzeigen. Einzelheiten zu den Anforderungen der Mitarbeiter sollen in einer Wertpapierhandelsgesetzmitarbeiteranzeigeverordnung

---

<sup>21</sup> § 14 Abs. 3 AnzV führt dazu aus: „Zum Nachweis der zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel nach § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 des Kreditwesengesetzes ist eine Bestätigung eines Einlagenkreditinstituts mit Sitz in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums darüber vorzulegen, dass das Anfangskapital eingezahlt sowie frei von Rechten Dritter ist und zur freien Verfügung der Geschäftsleiter steht. Der Nachweis kann mit Zustimmung der Bundesanstalt auch erbracht werden durch eine schriftliche Bestätigung eines Prüfers, der im Falle der Erlaubniserteilung zur Prüfung des Jahresabschlusses des Antragstellers berechtigt wäre, über das vorhandene Eigenkapital, das nach den für Institute geltenden Grundsätzen ermittelt worden sein muss“.

<sup>22</sup> Erforderlich ist danach ein unter anderem lückenloser, eigenhändig unterzeichneter Lebenslauf, eine eingehende Darlegung der fachlichen Vorbildung der Geschäftsleitung, ihre internen Entscheidungskompetenzen und die ihr innerhalb des Unternehmens unterstellten Geschäftsbereiche und eine eigenhändig unterzeichnete Erklärung dieser Person, ob derzeit gegen sie ein Strafverfahren geführt wird, ob zu einem früheren Zeitpunkt ein Strafverfahren wegen eines Verbrechens oder Vergehens gegen sie geführt worden ist oder ob sie oder ein von ihr geleitetes Unternehmen als Schuldnerin in ein Insolvenzverfahren oder in ein Verfahren zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung oder ein vergleichbares Verfahren verwickelt ist oder war.

<sup>23</sup> Der Diskussionsentwurf ist abrufbar unter: [http://www.bundesfinanzministerium.de/nn\\_1940/DE/BMF\\_\\_Startseite/Service/Downloads/Abt\\_\\_VII/DiskE\\_\\_Gesetz\\_\\_Anlegerschutz\\_\\_Verbesserung\\_20Funktionalit\\_C3\\_A4t\\_20Finanzm\\_C3\\_A4rkte,templateId=raw,property=publicationFile.pdf](http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_1940/DE/BMF__Startseite/Service/Downloads/Abt__VII/DiskE__Gesetz__Anlegerschutz__Verbesserung_20Funktionalit_C3_A4t_20Finanzm_C3_A4rkte,templateId=raw,property=publicationFile.pdf).

(WpHGMAAnzV)<sup>24</sup> geregelt werden. Danach müssen Mitarbeiter in der Anlageberatung über Sachkunde in der Anlageberatung verfügen und die Institute haben geeignete Nachweise hierüber, zum Beispiel in Form von Zeugnissen, zu erbringen. Sie sind von der Nachweispflicht befreit, wenn der Mitarbeiter eine bestimmte Berufsqualifikation im Bereich der Finanzdienstleistungen in Form eines Hochschulabschlusses nachweist oder einen IHK-Abschluss im Bereich Finanzen beziehungsweise einen Abschluss bei der Sparkassenakademie in diesem Bereich gemacht hat. Wichtig ist auch die Ausnahme, wonach auch Rechtswissenschaftler mit abgeschlossenem Studium privilegiert werden und keine weitere Qualifikation nachweisen müssen.

## **II "Anlageberatung" gem. §1 Abs.1a Ziff. 1a KWG**

Es müsste sich bei der Verbraucherfinanzberatung um "persönlichen Empfehlungen an Kunden oder deren Vertreter (handeln), die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten" beziehen.

Verbraucherfinanzberatung umfasst Beratungen in allen Finanzdienstleistungen als Kredit-, Konto- und Zahlungsverkehrs-, Versicherungs- sowie Spar- und Anlageberatung. Sie hilft den Verbrauchern, ihre persönlichen Verhältnisse zu durchschauen, ihre Bedürfnisse zu erkennen und sie so auf marktgängige Angebote zu beziehen, dass daraus eine rationale und vernünftige Entscheidung entsteht.

Sie ist daher mehr als eine reine Verbraucherinformation und weniger als die Beratung eines Finanzmaklers, der im Interesse des Verkaufes eines bestimmten Produktes, von dem er oder sie evtl. Provision erhält, berät.

### **1 "Finanzinstrumente"**

Erlaubnispflichtig ist nach dem KWG nur eine Anlageberatung in Bezug auf *Finanzinstrumente*. Diese sind in §1 Abs. 1a Ziff. 1a KWG legal definiert.<sup>25</sup> Unter Finanzinstrumenten im Sinne des § 1 Abs. 11 KWG sind alle "Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Devisen oder Rechnungseinheiten sowie Derivate." zu verstehen. Dies wird anschließend im einzelnen gesetzlich präzisiert. Für die Verbraucherfinanzberatung besonders relevant ist die Aufzählung der Wertpapiere, wonach hierzu alle Aktien, Schuldtitel, Optionen und Investmentzertifikate zu zählen sind, *die ihrer Art nach auf den Kapitalmärkten handelbar sind*. Die Definition entspricht damit weitestgehend der Definition in § 2 Abs. 1 WpHG. Auch handelbare Anteile an in- oder ausländischen juristischen Personen, Personengesellschaften und sonstigen Unternehmen, soweit sie Aktien vergleichbar sind, sind gemäß § 1 Abs. 11 S. 2 Nr. 1 KWG neuerdings als

---

<sup>24</sup> Der Entwurf ist abrufbar unter:  
[http://www.bundesfinanzministerium.de/nn\\_1940/DE/BMF\\_\\_Startseite/Service/Downloads/Abt\\_VII/DiskE-MitarbeiteranzeigeVO,templateId=raw,property=publicationFile.pdf](http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_1940/DE/BMF__Startseite/Service/Downloads/Abt_VII/DiskE-MitarbeiteranzeigeVO,templateId=raw,property=publicationFile.pdf) .

<sup>25</sup> Die dort gegebene Definition unterscheidet sich von derjenigen nach § 1a KWG, die nur für das Handelsbuch relevant ist.

Wertpapiere einzuordnen.<sup>26</sup> Zahlungsinstrumente (z.B. Schecks) zählen hingegen ausdrücklich nicht zu den Wertpapieren.

Nur die Geldanlageberatung ist also betroffen. Verbraucherfinanzberatung im Bereich des Girokontos und Zahlungsverkehrs, bei jeder Art von Krediten sowie im Versicherungsbereich werden nicht erfasst.

Aber auch im Bereich der Kapitalanlagen werden insbesondere traditionelle Sparformen wie Sparbuch, Festgeld oder Kapitallebensversicherung nicht mit-erfasst. Diese unterfallen nicht dem Auffangtatbestand der Geldmarktinstrumente, weil sie üblicherweise nicht auf dem Geldmarkt gehandelt werden.

Geschlossene Fonds treten in Deutschland fast ausschließlich in der Form von Personengesellschaften (als Kommanditgesellschaften) auf. Sie erfüllen damit nicht das Merkmal „Anteile an in- und ausländischen juristischen Personen“ und sind keine Finanzinstrumente i.S.d. § 1 Abs. 11. Die Bundesregierung hat durch das BMF zusätzlich klargestellt, dass eine Vergleichbarkeit von Anteilen an geschlossenen Fonds mit Aktien nicht gegeben sei, weil kein gutgläubiger Erwerb möglich sei. Auch nach Meinung der Bundesregierung fallen Anteile an geschlossenen Fonds damit also nicht unter den Wertpapierbegriff.<sup>27</sup> Erste Stimmen in der Literatur unterstützen dies unter ergänzendem Hinweis auf die fehlende Handelbarkeit an Kapitalmärkten.<sup>28</sup>

Fraglich ist, ob die Regelungen des KWG auch auf Investmentfonds, die so in der privaten Altersvorsorge angeboten werden, dass sie als Teil einer Rentenversicherung erscheinen (wie zum Beispiel bei Riester-Renten, Rürup-Renten, sonstigen Rentenversicherungen und Kapitallebensversicherungen), anzuwenden sind. Wie die geschlossenen Fonds wird man auch diese Hybridprodukte in den meisten Fällen nicht als Finanzinstrumente einordnen können, weil sie üblicherweise nicht an Finanzmärkten handelbar sind. Zwar existiert inzwischen ein mengenmäßig wohl nur sehr kleiner Zweitmarkt. Dort werden aber nicht die Versicherungsverträge selbst, sondern lediglich die sich hieraus ergebende Ansprüche gehandelt.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Die Einfügung von Anteilen an Personengesellschaften geht zurück auf Art. 4 Abs. 1 Nr. 18 lit. a) i.V.m. Anhang I Abschn. C Nr. 1 der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID). Dort werden (über Art. 4 Abs. 1 Nr. 17) als Finanzinstrumente u.a. definiert „Aktien und andere, Aktien oder Anteile an Gesellschaften, Personengesellschaften oder anderen Rechtspersönlichkeiten gleichzustellende Wertpapiere sowie Aktienzertifikate“.

<sup>27</sup> So mitgeteilt bei Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG § 1 Rn 218a.

<sup>28</sup> Voss, BKR 2007, 45ff, kritisch Schäfer, in: Schäfer/Hamann (Hrsg.), KMG, WpHG § 2 Rdnr. 9; Spindler/Kasten, WM 2006, 1749 (1751f.); Spindler/Kasten, WM 2007, 1245 (1264); Volhard/Wilkens, DB 1006 unter Hinweis auf bestehende Märkte für geschlossene Fonds.

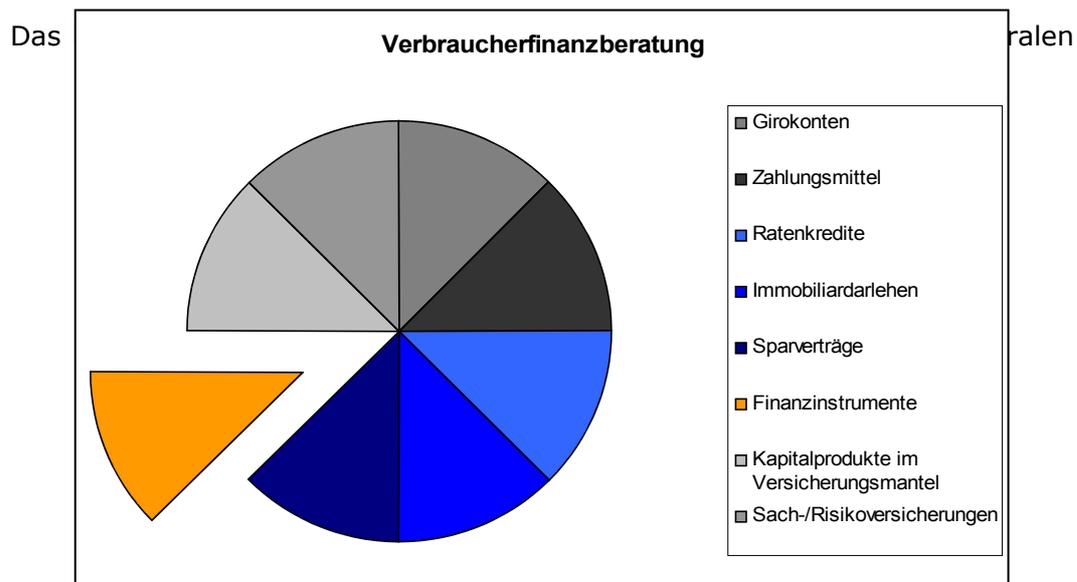
<sup>29</sup> Die Versicherungsgesellschaften selbst sind nach Ansicht der BaFin ohnehin von den Regelungen des KWG ausgenommen, selbst wenn sie formal als Kreditinstitute einzuordnen sind, wenn sie zum Beispiel Kredite ausreichen. Die Begründung beruht auf § 2 Abs. 3 iVm. Abs. 1 Nr. 4 KWG, wonach Versicherungen mit ihren Hybridprodukten, soweit sie als den Versicherungen „eigentümliche Geschäfte“ gelten, nicht dem KWG unterfallen sollen. Komplementär dazu regelt das Versicherungsaufsichtsgesetz, dass Kapitalisierungsgeschäfte von Versicherungsunternehmen gem. § 1 Abs. 4 S. 1 VAG i.V.m. Anlage A der Versicherungsaufsicht unterliegen. Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG-Kommentar 3. Aufl., § 2 Rz. 31 ff., Prölls VAG-Kommentar, 11. Aufl., § 1 Rz. 79; Winter Grundlinien der Lebensversicherung VersR 2004, 8-19; Tiffe, Struktur der Informationspflichten 2006, S. 297.

Schließlich mangelt es auch bei den Kreditverträgen mit Tilgungersatzinstrument an der Handelbarkeit am Kapitalmarkt. Die (inzwischen sehr seltenen) Fälle von Baufinanzierungen, die über Aktienfonds angespart werden, stellen damit keine Finanzinstrumente dar.

Im Ergebnis handelt es sich somit nur um einen sehr kleinen Ausschnitt der Gegenstände, die in der Verbraucherfinanzberatung vorkommen, für die überhaupt eine Erlaubnispflicht infrage kommen könnte. In der folgenden Tabelle ist dieser Ausschnitt hervorgehoben.

Zahlungsverkehr		Kredit		Geldanlage		Versicherungen	
Girokonten	Sonstige Zahlungsmittel	Konsumentenkredite	Baufinanzierungen	Sonstige Anlagen und Sparprodukte	Finanzinstrumente <sup>30</sup>	Versicherungen mit Sparcharakter	Sachversicherungen, Risikoleben etc.
Überweisungen, Lastschriften, Online-Konten	Debit-Karten, Kredit-Karten, e-payment	Ratenkredite, Teilzahlungsgeschäfte, Leasing, Kreditkartenkredite, Diskontokredite	Immobilienkreditdarlehen mit/ohne Tilgungersatzinstrumente, Bauspardarlehen	Sparbücher, Spareinlagen, Tagesgelder, Geschlossene Fonds	<b>Wertpapiere inkl. Aktien, Anleihen u. Investmentfonds, Geldmarktinstrumente, Zertifikate und Derivate</b>	Rentenversicherungen mit und ohne Investmentfonds, Kapitallebensversicherungen, Riester-/Rürupverträge	Hausrat-, Gebäude-, Hausrat-, Kfz-, Risikolebensversicherung

Bezieht man das auf die Gesamtheit der Verbraucherfinanzberatung, so zeigt die folgende Grafik, dass auch im Falle, dass tatsächlich Erlaubnispflicht bestünde, die Verbraucherzentralen sich mit ihrer Beratung wegen eines relativ unbedeutenden Teils insgesamt den Anforderungen des KWG unterwerfen sollten.



<sup>30</sup> Legaldefinition in § 1 Abs. 11 KWG

## 2 "Empfehlung mit Bezug auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten"

Kapitalanlageberatung muss sich auf die "Empfehlung bestimmter Finanzinstrumente" beziehen. Die Verbraucherfinanzberatung steht zwischen den im Gesetz durchscheinenden Polen der Verbrauchanlageinformation und der Kapitalanlageberatung. Sie möchte den Verbraucher zwar nicht zum Erwerb eines bestimmten Finanzproduktes animieren. Andererseits kann das Ergebnis dieser Beratung durchaus sein, dass der Verbraucher sich für oder gegen ein bestimmtes Produkt entscheidet. Ob der Gesetzgeber mit seiner Formulierung zur "Empfehlung eines bestimmten Finanzinstruments" auch die verbraucherpolitisch motivierte entscheidungsunterstützende oder nur die entscheidungsersetzende Beratung gemeint hat, ergibt sich aus Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck der Vorschrift.

### a "Empfehlung"

Nach dem Onlinelexikon Wikipedia ist der Begriff „Empfehlung“ mit Ratschlag gleichzusetzen. Danach<sup>31</sup> ist

*ein Ratschlag, auch Rat oder Empfehlung, eine meistens unverbindliche, in der Regel verbale Unterstützung, die ein Berater, Coach oder Mentor anbietet.*

Diese umgangssprachliche Definition ist weiter als diejenige vom Gesetzgeber bei der Anlageberatung intendierte, die immer auch eine Verbindlichkeit voraussetzt, denn Anlageberater sollen haften, wenn ihnen handwerkliche Fehler unterlaufen. Die BaFin selbst gibt zur Auslegung des Begriffs folgende Definition vor<sup>32</sup>:

*Um eine Empfehlung handelt es sich, wenn dem Anleger zu einer bestimmten Handlung als in seinem Interesse liegend geraten wird. Es kommt nicht darauf an, ob diese Empfehlung tatsächlich umgesetzt wird. An Empfehlungen fehlt es bei bloßen Informationen, zum Beispiel wenn der Dienstleister dem Kunden lediglich Erläuterungen über dessen in Finanzinstrumenten angelegtes Vermögen gibt, ohne dabei konkrete Vorschläge zur Änderung der Zusammensetzung dieses Vermögens zu unterbreiten.*

Damit scheiden bereits alle Beratungen zu bestimmten Finanzinstrumenten aus, die der bloßen Information des Verbrauchers dienen, wie sie in der Praxis der Verbraucherfinanzberatung häufig vorkommen. Dazu gehören Informationen über konkrete, bestehende Anlagen, wie zum Beispiel die Berechnung der bisherigen Rendite und die Erläuterung der Funktionsweise des Portfolios. Auch der bloße Nachweis von Konditionen bestimmter Anbieter ist Information und beinhaltet nach der Definition noch keine Empfehlung.

---

<sup>31</sup> <http://de.wikipedia.org/wiki/Empfehlung>, entnommen am 06.10.2010.

<sup>32</sup> Gemeinsames Informationsblatt der BaFin und der Deutschen Bundesbank zum neuen Tatbestand der Anlageberatung vom 24.07.2007, S. 1.

**Folgende Aussagen im Rahmen eines Beratungsgesprächs sind damit erlaubt:**

- „Ihre Aktie hat im vergangenen Jahr 10 Prozent an Wert verloren“
- „Berücksichtigt man die Depotkosten und die Wertentwicklung Ihrer Aktien seit dem Jahr 2008, dann errechnet sich seither eine Rendite in Höhe von 2 Prozent“
- „Ihre Aktie kann wie alle Aktien Verluste machen“
- „Sie können Ihr Aktienportfolio jederzeit auflösen und müssten dabei folgendermaßen vorgehen...“

Weitere Begriffsschärfungen ergeben sich im Hinblick auf andere Normen, die den Begriff „Empfehlung“ als Tatbestandsmerkmal beinhalten. Der Gesetzgeber verwendet den Begriff der „Empfehlung“ nicht nur im Zusammenhang mit der Definition der Anlageberatung im Sinne des § 1 Abs. 1 a S. 2 Nr. 1a KWG („Finanzdienstleistung“) und synonym in § 2 Abs. 3 Nr. 9 WpHG („Wertpapierdienstleistung“), sondern auch zur Definition der Anlageanalyse gemäß § 34b WpHG. Eine Finanzanalyse liegt demnach vor, wenn eine Information über ein Finanzinstrument oder dessen Emittenten, die eine direkte oder indirekte Empfehlung für eine bestimmte Anlageentscheidung enthält einem unbestimmten Personenkreis zugänglich gemacht werden soll. Damit kann auch auf die Verwaltungspraxis der BaFin bei der Auslegung des Begriffs „Empfehlung“ im § 34b Abs. 1 Satz 1 WPHG zurückgegriffen werden, weil die Definitionen sich an dieser Stelle überschneiden. Für den § 34b Abs. 1 S. 1 WpHG gibt die BaFin folgende Erläuterungen<sup>33</sup>:

*Für eine Analyse ist stets auch eine Empfehlung eines Finanzinstrumentes oder dessen Emittenten erforderlich. Solche Empfehlungen für bestimmte Anlageentscheidungen werden direkt ausgesprochen, beispielsweise in Form der Empfehlung, bestimmte Finanzinstrumente zu kaufen, zu halten oder zu verkaufen oder sie erfolgen indirekt, etwa indem bestimmte Kursziele genannt werden.*

*Bei einer indirekten Empfehlung für eine bestimmte Anlageentscheidung ist es ausreichend, aber auch erforderlich, dass bei einer Gesamtbetrachtung der Äußerung hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, wie der aktuelle oder zukünftige Kurs bzw. Wert eines Finanzinstruments beurteilt wird. Eine Bewertung, die für den Empfänger deutlich erkennbar lediglich vergangene Ereignisse darstellt oder beurteilt ohne zugleich Stellung zum gegenwärtigen oder künftigen Wert oder Kurs des Finanzinstrument zu nehmen, stellt keine indirekte Anlageempfehlung dar (z.B. Ranking-Listen aufgrund der Betrachtung der zurückliegenden Performance eines Finanzinstruments).*

Für die BaFin von zentraler Bedeutung ist damit eine konkrete Beurteilung der zukünftigen wirtschaftlichen Entwicklung einer Anlage. Die Verbraucherzentralen sollten daher sicher stellen, dass Aussagen über zu erwartende Kurswerte konkreter Finanzprodukte nicht Inhalt der Beratung sind. Solche Beurteilungen kommen in der Verbraucherfinanzberatung der Verbraucherzentralen, die ja gerade nicht in den Markt eingreifen wollen, nach unserer Kenntnis auch nicht vor. Nicht vom Verbot umfasst sind aber Aussagen über die vergangene Kursentwicklung einer bestimmten Aktie.

<sup>33</sup> Schreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zur Auslegung einzelner Begriffe des § 34b Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) in Verbindung mit der Verordnung über die Analyse von Finanzinstrumenten (Finanzanalyseverordnung – FinAnV) vom 15.02.06, S. 4.

## **b Persönliche Empfehlungen "bestimmter" Anlagen**

Lediglich die Empfehlung zum Kauf oder Verkauf eines bestimmten Finanzinstruments wird nach allgemeiner Auffassung als Anlageberatung i.S.v. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG angesehen.<sup>34</sup> Die Empfehlung einer Art oder eines Typs von Finanzinstrumenten wird nicht als Anlageberatung bewertet, wenn es an der konkreten Bestimmung fehlt.<sup>35</sup> Die Bereitstellung der Informationen in Form einer Infothek gegen ein Entgelt stellt damit keine Empfehlung „bestimmter“ Finanzinstrumente dar. Ebenso wenig stellt die Bereitstellung von Informationen zu bestimmten Produktgruppen eine Empfehlung „bestimmter“ Finanzinstrumente dar, weil die Auswahl und Bestimmung einzelner Produkte fehlt. Dies hat die BaFin in Ihren Schreiben an den vzbv und das herausgegebene Informationsblatt auch deutlich zum Ausdruck gebracht.<sup>36</sup> Dies umfasst auch die persönliche Empfehlungen zur Gewichtung von Finanzinstrumenten.

### **Folgende Aussagen sind daher im Rahmen eines Beratungsgesprächs erlaubt:**

- *„Sie sollten den Depotanteil um 50 Prozent senken“<sup>37</sup>*
- *„Das verbleibende Viertel Ihres Kapitals können Sie in Aktienfonds investieren“*
- *„Hier ist eine Übersicht über aktuelle Konditionen und Anbieter, wo sie Ihre Auswahl nach den Kriterien, die wir gerade besprochen haben, treffen können“*
- *„Infos über die einzelnen Aktienfonds finden Sie an unserer Infothek. Dort ist auch die Finanztest-Spezial erhältlich, die einige Anbieter getestet hat“*

## **c Fälle indirekter, entscheidungsunterstützender „Empfehlungen“**

Bloße Information über Eigenschaften eines bestimmten Finanzinstruments sind damit ebenso erlaubt wie die Empfehlung bestimmter Gruppen von Finanzinstrumenten. Bei neu in Betracht kommenden Produkten wie zum Beispiel dem Beginn einer privaten Altersvorsorge oder des Vermögensaufbaus empfehlen Verbraucherzentralen in der Regel aber keine einzelnen Produkte. Dies entspricht nicht ihrem Selbstverständnis, keine einzelnen Marktteilnehmer zu bevorzugen und damit in den Markt einzugreifen. Zudem bestehen grundsätzliche Anweisungen der jeweiligen Geschäftsführung, keine einzelnen Produkte zu empfehlen, sondern immer eine Auswahl anzubieten.

Es verbleibt aber ein zahlenmäßig kleiner Teil, in denen es in der Verbraucherfinanzberatung zu Überschneidungen kommen kann und indirekt eine Empfehlung eines bestimmten Finanzinstruments resultiert. Dies ist theoretisch möglich, wenn die Gruppe der nach der Bedarfsanalyse in Frage kommenden Finanzinstrumente im konkreten Fall nur aus einem einzigen Produkt besteht.

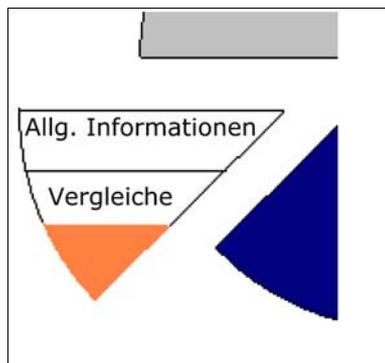
<sup>34</sup> Danner/Theobald, Energierecht, § 1 KWG, Rz. 140 (Stand 2009)

<sup>35</sup> Mülbart WM 2007, 1149 (1156); Danner/Theobald, Energierecht, § 1 KWG, Rz. 139 ff. (Stand 2009)

<sup>36</sup> Gemeinsames Informationsblatt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank zum neuen Tatbestand der Anlageberatung, Stand: 24.07.2007, abrufbar z.B. unter [www.bundesbank.de](http://www.bundesbank.de).

<sup>37</sup> „Nicht jedoch darunter fallen würde jedoch etwa die Empfehlung, den Aktienanteil im Depot um 50% zu senken.“ Gemeinsames Informationsblatt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank zum neuen Tatbestand der Anlageberatung, Stand: 24.07.2007, abrufbar unter [www.bundesbank.de](http://www.bundesbank.de), S. 4.

Denkbar ist weiter der Fall, dass der Bedarf des Verbrauchers von einem bestimmten Finanzinstrument besser gedeckt wird, als es bei allen anderen Produkten der Fall ist. Schließlich kann die Analyse ergeben, dass ein im Portfolio des Verbrauchers vorhandenes Finanzinstrument seinem Bedarf absolut nicht entspricht und der Verbraucher hierüber informiert wird. All dies sind Bewertungen, die ein Dritter logisch in eine bestimmte Empfehlung umdeuten würde. Dieser Bereich ist in nachstehender Abbildung orange markiert:



Geht man formal nach der oben wiedergegebenen Meinung der BaFin, wonach Empfehlungen auch indirekt abgegeben werden können, würden diese Fälle der Erlaubnispflicht unterfallen. Der Unterschied liegt hier aber darin, dass die Entscheidung beim Verbraucher verbleibt und es sich trotz des Bezugs auf ein individuelles Finanzinstrument um eine verbraucherpolitisch motivierte, entscheidungsunterstützende Beratung, bei der der unmittelbare Nutzen der erworbenen Dienstleistung für Zwecke außerhalb des Marktes im Vordergrund steht, handelt.<sup>38</sup> Diese indirekte Empfehlung eines einzelnen Finanzinstruments ist dabei weder durch Gewinnerzielungsabsicht noch durch anderweitige unternehmerische Interessen motiviert. Die indirekte Empfehlung folgt eher zufällig aus der Verbraucherfinanzberatung der Verbraucherzentralen. Die Verbraucherfinanzberatung würde insgesamt in Frage gestellt, würde dieser Teilbereich der Erlaubnispflicht unterstellt. Umgekehrt ist nicht zu erkennen, dass der Schutzzweck des Gesetzes vereitelt würde, wollte man solche "Empfehlungen" nicht unter Erlaubnisvorbehalt stellen. Ein Interessenkonflikt kommt hier mangels einer Verbindung zum Anbieter und mangels Provisionszahlungen nicht in Betracht. Größere Gefahren als bei den zuvor genannten (zweifellos erlaubten) Fällen der Beratung sind auch was das Schadenspotential betrifft nicht ersichtlich. Daher ist der Begriff der Empfehlung restriktiv dahingehend auszulegen, dass die Fälle entscheidungsunterstützender Beratungen zu bestimmten Finanzinstrumenten durch Verbraucherzentralen nicht als „Empfehlungen“ im Sinne des KWG anzusehen sind.

**Folgende „Empfehlungen“ sind daher im Rahmen eines Beratungsgesprächs erlaubt:**

- *Der Verbraucher schwankt in der Frage, ob er einen Teil seines Kapitals in Aktien anlegen soll. Für diesen Fall hat er sich bereits für eine bestimmte Aktie entschieden. Der Berater empfiehlt nach Analyse des Bedarfs des Verbrauchers den Kauf von Aktien.*
- *Die Analyse ergibt, dass die Anlage eines Teils des Vermögens in einen Garantiefonds empfehlenswert ist. Die Bank des Verbrauchers, die sein Depotkonto führt, bietet ledig-*

<sup>38</sup> Hierzu ausführlich oben AII2, S. 7ff.

*lich einen einzigen Garantiefonds zu marktüblichen Konditionen an. Der Berater informiert über diesen Fonds.*

- *Die Analyse ergibt, dass eine Geldanlage in Aktien ungeeignet für den betreffenden Verbraucher ist und ein Verkauf der Anlage auch nicht schädlich ist. Der Berater empfiehlt den Verkauf der Aktien und die Anlage des Kapitals auf einem Festgeldkonto.*

#### **d Budgetberatung kein Indiz für konkrete Empfehlung**

Die Verbraucherfinanzberatung prüft in der Regel die persönlichen Umstände der Verbraucher vor einem Ratschlag oder einer Empfehlung. Aus der in der persönlichen Verbraucherfinanzberatung oft angebotenen Analyse der persönlichen Situation der finanziellen Verhältnisse der Verbraucher sowie ihrer Dokumentation, wie sie das Gesetz als Merkmal der Kapitalanlageberatung auführt, kann jedoch nicht umgekehrt geschlossen werden, das Vorliegen dieser Elemente einer Haushalts- und Budgetberatung deute auf Kapitalanlageberatung hin.<sup>39</sup> Dies ergibt sich schon aus der Grammatik des § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG ("sofern"), wonach es sich um ein einschränkendes und nicht um ein erweiterndes Merkmal handelt, das zudem auch noch nur alternativ ("oder") zu einer Darstellung "als geeignet" gelten soll. Auch die früher dominierende Form der Finanzberatung in den Verbraucherzentralen als einer Budgetberatung, die die Haushaltsführung insgesamt betrifft und sich nicht auf Finanzdienstleistungen reduziert, macht deutlich, dass ein solcher Umkehrschluss nicht möglich ist. Dass die Verbraucherzentralen ebenso wie im übrigen die schulische finanzielle Allgemeinbildung heute Budgetberatung mit Finanzdienstleistungsberatung verbindet, beruht darauf, dass das moderne Haushaltsbudget ohne Blick auf die Möglichkeiten der Finanzdienstleistungen nicht mehr sinnvoll genutzt und verstanden werden kann.

#### **e Zwischenergebnis**

Nach der hier vertretenen Auffassung einer restriktiven Auslegung des Begriffs Empfehlung verbleiben von den bestehenden Beratungen mit Bezug auf Finanzinstrumente keine, bei denen eine „Empfehlung bestimmter Finanzinstrumente“ angenommen werden kann. Folgt man der restriktiven Auslegung des Begriffs der Empfehlung nicht, so ergeben sich dennoch weitere Einschränkungen, wenn man in Betracht zieht, dass Anlageberatungen fast immer auch einen Bezug zum Rechtsdienstleistungsgesetz haben, aus denen sich (weitere) Einschränkungen hinsichtlich der Erlaubnispflichtigkeit ergeben können. Hierauf wird nachfolgend eingegangen.

### **3 Erlaubnisfreie Anlage(rechts)beratung nach § 2 Abs. 1 Rechtsdienstleistungsgesetz**

Beratung im Zusammenhang mit Anlagen ist in vielen Fällen gleichzeitig außergerichtliche Rechtsdienstleistung, wie die Subsumtion typischer Sachverhalte unter die jeweilige Definition – Rechtsdienstleistung und Anlageberatung

<sup>39</sup> Diese Meinung vertritt aber offenbar die BaFin nach ihrem Schreiben an den Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. vom 18.12.2009.

– ergibt. Wenn ein solcher doppelter Bezug zum Recht und zur Anlageberatung vorliegt, ist zu prüfen, ob damit auch die Erlaubnispflichtigkeit hinsichtlich aller durch die Verbraucherzentralen nach den Grundsätzen der ganzheitlichen Verbraucherfinanzberatung erbrachten Beratungen, also insbesondere die konkreten Empfehlungen zum Verkaufen bestimmter Finanzinstrumente, entfällt. Nachfolgend werden entlang der jeweiligen Definitionen – Rechtsdienstleistung bzw. Rechtsberatung – Fallgruppen gebildet und anschließend auf ihre Relevanz hinsichtlich der Erlaubnispflichtigkeit nach dem RDG und dem KWG geprüft.

### **a Definition der Rechtsdienstleistung**

Der Begriff der **Rechtsdienstleistung** ist im Rechtsdienstleistungsgesetz, § 2 Absatz 1 legal definiert als

*jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sofern sie eine rechtliche Prüfung erfordert.*<sup>40</sup>

Eine Rechtsdienstleistung liegt nicht erst dann vor, wenn eine umfassende oder besonders tief gehende juristische Prüfung erforderlich wird. Bereits die juristische Prüfung einfacher Sachverhalte soll, nach dem Willen des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich des RDG eröffnen.<sup>41</sup> Nach Ansicht des BMJ sollen Geschäftsbesorgungen, die keine besondere rechtliche Prüfung erfordern und rechtsbesorgende Bagatell-Tätigkeiten von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des Verbotsgesetzes fallen, weil sie „keine Rechtsberatung im rechtstechnischen Sinne“ seien.<sup>42</sup> Diese Auffassung ist allerdings dahingehend kritisiert worden, dass eine Unterscheidung zwischen rechtlicher Prüfung und bloßer Rechtsanwendung nicht möglich sei. *Römermann* führt dazu aus:

*Anwendung wie Prüfung des Rechts setzen dieselbe juristische Subsumtion voraus; Anwendung zudem die Kenntnis des Rechts, entweder auf Grund präsenten Wissens oder vorgenommener Prüfung. Aber auch bei vorhandenem Wissen erfolgt doch stets die gedankliche Prüfung in Form einer Subsumtion der tatsächlichen Konstellation unter das bekannte Recht.*<sup>43</sup>

Dieser Einschätzung folgend wird im weiteren von einem weiten Verständnis des Begriffs Rechtsdienstleistung ausgegangen.

Auf die Definition der Anlageberatung sind wir bereits weiter oben ausführlich eingegangen. Wie bereits ausgeführt kommen wegen des Merkmals der persönlichen Empfehlung von bestimmten Finanzinstrumenten in der Praxis der

---

<sup>40</sup> Das RDG ersetzt damit die noch im Rechtsberatungsgesetz verwendeten, dort nicht näher erläuterten Begriffe der Rechtsberatung, Rechtsbetreuung und Rechtsbesorgung.

<sup>41</sup> So die vom BMJ veröffentlichten „RDG – Eckpunkte“, abrufbar unter [http://www.bmj.bund.de/enid/8becd6ea39e53fa9c58ce25e5d0a8fd1,0/Rechtsdienstleistung/Eckpunkte\\_RDG\\_oq.html](http://www.bmj.bund.de/enid/8becd6ea39e53fa9c58ce25e5d0a8fd1,0/Rechtsdienstleistung/Eckpunkte_RDG_oq.html) (entnommen am 14.09.2010); vgl. auch Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Dr 16/6634, S. 62.

<sup>42</sup> So die Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BT-Dr 16/3655, S. 35 unter Verweis auf die „Mahnmann“ Entscheidung des BVerfG, Urteil vom 15.01.2004, AZ 1 BvR 1807/98, NJW 2004, 672.

<sup>43</sup> NJW 2008, 1249, 1251.

Verbraucherfinanzberatung kaum Fälle vor, bei denen die Definition der Anlageberatung erfüllt ist.

## **b Sachverhalte mit Bezug zu Anlage und Recht**

In der Praxis der Verbraucherfinanzberatung überwiegen die Sachverhalte, bei denen die vom Berater erbrachte Dienstleistung Bezug zu Recht und zu Finanzinstrumenten hat. Dabei gibt es mehr solcher Beratungsfälle, die überwiegend rechtlich geprägt ist als solche, bei denen die wirtschaftliche Komponente im Vordergrund steht. Viele der Fälle unterfallen wie oben gezeigt wurde bereits mangels einer Empfehlung nicht dem Tatbestand der Anlageberatung nach dem KWG.

### **1) „Reine“ Anlageberatung?**

Eine rein wirtschaftliche Anlageberatung, ohne die Berücksichtigung rechtlicher Gegebenheiten, ist kaum vorstellbar. Dies folgt daraus, dass die Finanzinstrumente rechtliche Gebilde sind und wegen der weiten Definition der Rechtsdienstleistung und eine rein wirtschaftliche Betrachtung nicht möglich ist. Verantwortliche Verbraucherfinanzberatung hat rechtliche Komponenten immer mit zu berücksichtigen.

### **2) Originäre Rechtsberatung ohne Empfehlung bestimmter Anlagen**

Ein großer Teil der Verbraucherfinanzberatungen entfällt auf Unterstützung des Verbrauchers, der bereits eigenständig eine wirtschaftliche Entscheidung hinsichtlich eines Finanzinstruments getroffen hat und nun rechtliche Hilfe benötigt, um diese Entscheidung umzusetzen (Verbraucherentscheidung vor Rechtsberatung). Bereits nach der Definition scheidet in diesen Fällen, wie oben gezeigt, eine Anlageberatung aus, denn es geht hier nicht um eine Empfehlung, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten bezieht.

Originäre Rechtsberatung ohne Empfehlung unterliegt weder der Erlaubnispflicht nach dem KWG, noch der nach dem RDG. Für das KWG ergibt sich das daraus, dass mangels Empfehlung bereits der Tatbestand einer Anlageberatung nicht erfüllt ist. Hinsichtlich der Rechtsberatung folgt es aus der Privilegierung der Verbraucherzentralen im RDG: Die Befugnis, Rechtsdienstleistungen zu erbringen, ist gesetzlich, sieht man einmal von den Rechtsanwälten ab, zweigleisig geregelt: Für die bevorzugten Institutionen ist sie als privilegierte Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt ausgestaltet; für die übrigen Personen als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Verbraucherzentralen sind als privilegierte Institutionen befugt, außergerichtliche Rechtsberatung zu erbringen, ohne zuvor eine Erlaubnis beantragen zu müssen, wie sich aus dem Rechtsdienstleistungsgesetz ergibt. Danach ist die Rechtsberatung nicht ausschließlich den Rechtsanwälten vorbehalten. Vielmehr ist die selbständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nach § 3 RDG in dem Umfang zulässig, in dem sie durch das Rechtsdienstleistungsgesetz erlaubt wird. Gemäß § 8 Abs. 1 Ziffer 4 RDG sind Rechtsdienstleistungen erlaubt, die von Verbraucherzentralen und anderen mit öffentlichen Mitteln geförderten Verbraucherverbände, Verbände der freien Wohlfahrtspflege im Sinne von § 5

SGB XII, anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe im Sinne von § 75 SGB VIII und anerkannten Verbänden zur Förderung der Belange behinderter Menschen im Sinne des § 13 Abs. 3 des Behindertengleichstellungsgesetzes im Rahmen ihres Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs erbringen.

Betroffen von dieser originären Rechtsberatung sind alle Phasen, die die Beziehung zwischen Anleger und Anbieter kennzeichnen, von der Vertragsvorbereitung über die Vertragslaufzeit bis hin zur Vertragsbeendigung. Hierfür gibt es in der Praxis reichlich Beispiele. Zu denken ist etwa eine Aufklärung und Beratung zur Vertragsgestaltung die Erläuterung der Vertragsbedingungen, die Möglichkeiten der Vertragsbeendigung durch Widerruf oder Kündigung oder die Beratung hinsichtlich der Möglichkeiten und Pflichten zur Vertragsanpassung.

**Folgende Aussagen sind daher im Rahmen eines Beratungsgesprächs erlaubt:**

- *„Aktiengeschäfte sind auch für Sie als Verbraucher grundsätzlich bindend und können nicht widerrufen werden“*
- *„Auch der Handel mit Aktien verursacht Kosten, die bei der Rendite berücksichtigt werden müssen. Zum einen entstehen Kosten der Depotöffnung. Hinzu kommen noch Gebühren für jede Transaktion. Dabei ist es nach Ziffer 5 des Preis- und Leistungsverzeichnis irrelevant, wie viele Aktien Sie gleichzeitig kaufen“*
- *„An- und Verkaufsgeschäfte bei Aktien werden „Trade“ genannt. Dabei wird zwischen Kommissions- und Festpreisgeschäften unterschieden.“*
- *„Für den Depotvertrag gibt es keine Kündigungsfrist, er ist jederzeit kündbar“*

### **3) Rechtsberatung mit Empfehlung**

Häufig wird sich aber in den oben genannten Fällen eine Entscheidung des Verbrauchers erst durch die rechtliche Beratung herauskristalisieren (Verbraucherentscheidung nach Rechtsberatung). Dies sind Unterfälle der oben angeführten Gruppe der indirekten, entscheidungsunterstützenden „Empfehlungen“.<sup>44</sup> So kann die Beratung zu Kündigungsrechten ergeben, dass eine vorzeitige Vertragsbeendigung nicht rentabel ist oder dass ein bereits abgeschlossener Vertrag trotz langem Zeitablauf noch widerrufbar ist, womit der beendigungswillige Verbraucher gar nicht rechnete. Diese Fälle sind dadurch geprägt, dass dem Verbraucher individuelle Informationen bereitgestellt werden, die ihm eine eigenständige Entscheidung erst ermöglichen. Auch eine solche Beratung fällt nicht unter Anlageberatung, denn auch hier mangelt es an einer (wirtschaftlichen) Empfehlung. Es erschiene willkürlich, diese Beratung der Erlaubnispflichtigkeit zu unterstellen. Denn in Einzelfällen muss es den Beratern möglich sein, als Konsequenz seiner rechtlichen Analyse und den Erwartungen und Vorgaben des Verbrauchers den Verkauf eines Finanzinstruments zu empfehlen. Dies wird besonders offenbar, wo es um den Schutz des Verbrauchers vor Vermögensschäden geht: hält der Verbraucher (unabsichtlich) risikoreiche Finanzinstrumente in seinem Portfolio, ohne über die Risiken informiert zu sein, so wird Ergebnis der Beratung fast zwingend die Empfehlung sein, dieses Finanzinstrument zu verkaufen, wenn damit Schäden verhindert werden können. Der Begriff der Empfehlung mit Bezug auf bestimmte Fi-

<sup>44</sup> Oben unter BII2c, S. 25.

nanzinstrumente ist daher restriktiv dahingehend auszulegen, dass Empfehlungen, die Resultat der Rechtsberatung durch Verbraucherzentralen sind, nicht erlaubnispflichtig nach dem KWG sind.

Analog den Fällen indirekter, entscheidungsunterstützender Empfehlungen<sup>45</sup> stellt die restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals keine Gefährdung des Schutzzwecks des Gesetzes dar, sondern dient eher seiner Zielrichtung, die Verbraucher vor den Folgen provisionsgeleiteter, unsachgemäßer Beratung zu schützen. Zu der Gruppe der originären Rechtsberatung mit Empfehlung gehört weiterhin auch die Beratung in Zusammenhang mit der Verletzung von Vertragspflichten, also zur Prüfung von Schadensersatzansprüchen, etwa wegen eines Beratungsverschuldens und sonstigen Rechtsfolgen nach Vertragsstörung, wenn die Folge der Beratung eine Empfehlung im Hinblick auf das weitere Vorgehen mit dem Finanzinstrument ist.

**Folgende Aussagen sind daher im Rahmen eines Beratungsgesprächs erlaubt:**

- *„Sie halten xy-Zertifikate. Diese Wertpapiere sind aus folgenden Gründen extrem risikoreich für Sie (...). Folgende Möglichkeiten haben Sie, die Zertifikate ohne Verluste loszuwerden (...).*
- *„Sie wollen einen Teil Ihrer Ersparnisse sofort in ein Tagesgeldkonto umschichten. Ihre Geldanlage besteht zurzeit zur Hälfte aus einem Aktiendepot und zur anderen Hälfte in festverzinslichen Wertpapieren, die bis zum übernächsten Jahr nicht kündbar sind. Sie können damit lediglich das Aktiendepot umschichten, wenn Sie sich entscheiden, zu verkaufen. Dazu ist aber folgendes beachten...“*
- *„Sie wollen eine Geldanlage, die sicher ist. Ihre Altersvorsorge besteht zurzeit lediglich aus Aktien der X-AG. Hierzu ist zu sagen, dass der Preis von Aktien Schwankungen unterliegt und das Geschäft nach den Bestimmungen Ihrer Depotbank nicht widerrufen werden kann. Der Depotvertrag regelt vielmehr in Nr. 1.4, dass das Risiko von Kursverlusten allein bei Ihnen liegt. Ihre Anlage ist daher im Vergleich zu (...) weit weniger sicher. Nach Ihren Vorgaben ist diese Geldanlage daher nicht geeignet.“*
- *Sie können den Verkauf der Aktien zu dem zu geringen Kurs zwar nicht mehr rückgängig machen, in Betracht kommt aber eine Schadensersatzpflicht der Bank, weil ihre Weisung nicht sorgfältig ausgeführt wurde“*
- *„Der Bankberater hat Sie nicht über das Verlustrisiko beim Kauf von Aktiendepots aufgeklärt. In Betracht kommt eine Rückabwicklung der Depoteröffnung unter Schadensersatzgesichtspunkten“*

Zur originären Rechtsberatung gehören auch „Empfehlungen“ aus einer Auswahl vorhandener Produktangebote: der Verbraucher hat eine klare Vorstellung, welche Eigenschaften seine Geldanlage (Liquidität, Sicherheit, Rendite etc.) haben soll, kann die Angebotspalette aber mangels Rechtskenntnissen nicht daraufhin prüfen. Erfolgt daraufhin eine Auswahl unter den vom Verbraucher bereits vorgegebenen Produkten nach Maßgabe der durch den Verbraucher vorgegebenen Anforderungen, so ist liegt hierin keine „Empfehlung“, sondern vielmehr bloße Hilfestellung. Handelt es sich dabei um eine Vorauswahl einer bloßen Produktgruppe, so liegt hierin bereits keine Empfehlung eines konkreten Finanzinstruments. Diese Auswahl kann aber auch dazu führen, dass letztlich ein einziges Finanzinstrument betroffen ist, weil nach den vorgegebenen Kriterien kein anderes mehr übrig bleibt.

<sup>45</sup> Dazu oben unter BII2c, S.25.

**Folgende Aussagen sind daher im Rahmen eines Beratungsgesprächs erlaubt:**

- *Sie wollen bei einem Drittel Ihres Kapitals die Möglichkeit haben, eine hohe Rendite zu erzielen. Solche Renditechancen können unter Umständen Aktien bieten. Allerdings müssten Sie nach Ziffer 1.4 des Depotvertrags sämtliche Risiken des Kursverlustes tragen; eine Versicherung hiergegen gibt es nicht"*

Auch hierbei handelt es sich um einen Unterfall der oben beschriebenen indirekten, entscheidungsunterstützenden Empfehlung, der keine „Empfehlung“ im Sinne des KWG ist.

**c Zwischenergebnis**

Nach der hier vertretenen Auffassung einer restriktiven Auslegung des Begriffs Empfehlung sind auch solche „Empfehlungen“ zum Verkauf und Kauf von Finanzinstrumenten, die Ergebnis einer Anlagerechtsberatung sind, nicht erlaubnispflichtig.

**4 Ergebnis zur Anlageberatung gem. §1 Abs.1a Ziff. 1a KWG**

Von den Gegenständen der Verbraucheranlageberatung machen „Finanzinstrumente“ nur einen sehr kleinen Teil aus. Hierzu werden in den meisten Fällen entweder bloße Informationen weitergegeben, oder aber lediglich Gruppen und nicht einzelne Instrumente beziehungsweise einzelne Anbieter empfohlen. Es verbleiben die Fälle, bei denen als Folge der Analyse bestimmte Finanzinstrumente betroffen sind. Dabei handelt es sich um entscheidungsunterstützende Beratungen, die obwohl ihre Folge als „Empfehlung“ zum Kauf, Verkauf oder Halten eines Finanzinstruments gedeutet werden kann, nicht als Empfehlung im Sinne des KWG auszulegen ist. Ein sehr häufiger Unterfall hierzu sind Verkaufsempfehlungen als Resultat einer Anlagerechtsberatung.

**III "Finanzinstitut"**

Damit unterfallen Beratungen der Verbraucherzentralen nicht der Erlaubnispflicht nach dem KWG. Nachfolgende Erwägungen zum Begriff des „Finanzinstitut“ erfolgen daher rein hilfsweise.

Die Erlaubnispflicht gem. § 32 Abs. 1 S. 1 KWG setzt einen gewerbsmäßigen oder in einem Umfang, der einen in einer kaufmännischen Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, voraus.<sup>46</sup>

*Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ... Finanzdienstleistungen erbringen will, bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt.*

**1 In kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb**

Falls man den Begriff der Empfehlung nicht wie hier restriktiv auslegte, wäre zu prüfen, ob gem. § 1 Abs. 1a S. 1 KWG die Verbraucherzentrale als Finanzdienstleistungsinstitut einzuordnen wäre. Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen

<sup>46</sup> Siehe dazu auch § 1 Abs. 1a S. 1 KWG, der insoweit gleichlautend gefasst ist.

in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, sind nach dieser Norm Finanzdienstleistungsinstitute.

Das Handelsgesetzbuch hat dabei mit seinen Vorschriften über die Buchführungspflicht und der Befreiung von zivilrechtlichen Formvorschriften gewerbliches Handeln mit der weiteren Anforderung verknüpft, dass gem. § 1 Abs. 2 HGB „das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.“<sup>47</sup> Danach liegt ein Gewerbe vor, wenn eine planvolle, auf gewisse Dauer angelegte selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird und dies nach außen hervortritt.<sup>48</sup> Der Auftretende muss am Markt (evtl. im Wettbewerb mit anderen Unternehmen<sup>49</sup>) planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen ein Entgelt anbieten.<sup>50</sup>

Die Tätigkeit der Verbraucherzentrale müsste auf Dauer angelegt sein oder durch einen allgemeinen Plan ein organisierter, kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb sein.<sup>51</sup>

Bei § 1 KWG geht man vom institutionellen Unternehmensbegriff aus. Demnach kann jede natürliche oder juristische Person allein durch das Betreiben von Bankgeschäften in dem von § 1 Abs. 1 Satz 1 vorgegebenen Rahmen die Eigenschaft als Unternehmen erwerben.<sup>52</sup> Auf eine Kaufmannseigenschaft, das Führen von Handelsbüchern und Jahresabschlüssen kommt es nicht an. Ebenfalls unerheblich ist hierfür, ob eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt.

Die Verbraucherfinanzberatung hat insgesamt einen Umfang angenommen, der einen organisierten und planmäßigen und damit kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Beispielhaft kann angenommen werden, dass die Verbraucherzentrale Hessen ca. 3.000 Verbraucherfinanzberatungen pro Jahr in den hessischen Beratungsstellen durchführt.

Der Schwellenwert, ab dem das Erfordernis zu bejahen ist, ist aber für jeden Geschäftstyp gesondert zu ermitteln.<sup>53</sup> Die Verbraucherfinanzberatung wird von einigen Verbraucherzentralen derzeit zwar statistisch erfasst, jedoch nicht gesondert danach, ob die Verbraucherfinanzberatung im jeweiligen Einzelfall unter § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG fällt. Aufgrund der Ausrichtung der Verbraucherzentralen ist davon auszugehen, dass nur ein sehr geringer Teil der Verbraucherfinanzberatung überhaupt darunter subsumiert werden kann.

Am Beispiel der Verbraucherzentrale Hessen kann dies exemplarisch aufgezeigt werden. Geht man von 25 % Beratung im Bereich Geldanlage aus und nimmt an, dass jede zweite Beratung Finanzinstrumente im oben genannten Sinn betrifft, so betreffen ca. 375 Beratungen pro Jahr Finanzinstrumente. Bei

---

<sup>47</sup> MünchnerKommentar/Micklitz, § 14 Rn 18.

<sup>48</sup> Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB § 14 Rn 7.

<sup>49</sup> so BGHZ 95,155 (157), Faber, ZEuP 1998, 854 (869), MünchnerKommentar/Micklitz, § 14 Rn 22.

<sup>50</sup> Palandt/Ellenberger, § 14 Rn 2.

<sup>51</sup> Beck/Samm/Kokemoor, KWG-Kommentar, § 1 Rn 25, OLG Stuttgart NJW 1958, 1360.

<sup>52</sup> Reischauer/Kleinhaus, Kommentar zum KWG, § 1 Rn 8.

<sup>53</sup> Boos/Fischer/Schulte-Matill KWG-Kommentar, 3. Aufl., § 1, Rz. 20.

einer Kundenbefragung ergab sich, dass neun von zehn Befragten wegen einer Produktberatung im Vorfeld zu einer Kaufentscheidung in die Beratung der Verbraucherzentrale Hessen kamen. In 90 % der Fälle wird es daher bei der Verbraucherzentrale Hessen voraussichtlich nicht zur Empfehlung „bestimmter“ Finanzinstrumente gekommen sein, weil hier üblicherweise mit Vergleichslisten gearbeitet wird, ohne ein bestimmtes Finanzinstrument zu empfehlen, so dass keine Anlageberatung im Sinne von § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG vorliegt. Damit würden lediglich 38 Fälle pro Jahr bei der Verbraucherzentrale Hessen als Anlageberatung im oben genannten Sinne pro Jahr in Betracht kommen, die sich auf acht Beratungsstellen verteilen.

Eine derart geringe Anzahl von geschätzten Fällen – konkrete Erhebungen liegen nicht vor – erfordern für diesen Bereich keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb.

## **2 Gewerbsmäßiges Handeln**

Möglicherweise ist das Handeln der Verbraucherzentralen aber als „gewerbsmäßig“ einzuordnen. Die Gewerbsmäßigkeit greift erheblich früher als das Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetriebs.<sup>54</sup>

Sowohl der Begriff der Gewerbsmäßigkeit als auch der des Gewerbes sind im Kreditwesengesetz nicht legal definiert. Er findet sich jedoch ähnlich in der Gewerbeordnung, dem Zivil-, Handels-, Steuer- und Strafrecht.<sup>55</sup> Trotz dieser Wortidentität, die nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit, auch auf ein gemeinsames Anliegen schließen lassen muss, ist man sich doch darüber einig, dass in diesen Gesetzen kein einheitlicher Gewerbebegriff benutzt wird, sondern der Begriff für jedes Gesetz gesondert festgestellt werden muss und damit gesetzesakzessorisch und multifunktional ist.<sup>56</sup> Dabei spielt es jedoch eine Rolle, in wieweit die Gesetze zumindest eine ähnliche Schutzrichtung verfolgen. Insofern gehört der Begriff der Gewerbsmäßigkeit als Alternative für staatliches Handeln vor allem in das öffentliche Recht.

Das Kreditwesengesetz vertraut darauf, dass in den Gesetzen, in denen es schwerpunktmäßig um diese Unterscheidung geht, die Grundlagen einer Einordnung geschaffen werden und passt sich dabei vor allem an die Gewerbeordnung an, indem es sich auf die Seite derjenigen stellt, die von gewerbsmäßigem Handeln betroffen sind. Gerade bei Gewinnerzielungsabsicht, Professionalität und Wiederholung werden Regeln und Aufsicht zum Schutz der von dem gewerbsmäßigen Handeln Betroffenen erforderlich. Ähnlich wie bei anderen Gewerben soll im KWG der Nutzer von Leistungen des Bankgewerbes vor allem als Anleger aber in Deutschland auch als Kreditnehmer sowie das Kreditwesen insgesamt vor Schaden bewahrt werden.<sup>57</sup> Bankgeschäfte werden demnach gewerbsmäßig betrieben, wenn der Betrieb auf gewisse Dauer ange-

<sup>54</sup> Boos/Fischer/Schulte-Matill KWG-Kommentar, 3. Aufl., § 1, Rz. 17 ff.

<sup>55</sup> Friauf, Kommentar zur GewO, § 1 Rn 23.

<sup>56</sup> Tettinger/Wank, Kommentar zur Gewerbeordnung § 1 Rn 5.

<sup>57</sup> BFS-KWG/Fischer Einf KWG Rn 61.

legt ist und dies mit Gewinnerzielungsabsicht verfolgt wird.<sup>58</sup> In der Gewerbeordnung, die der Gefahrenabwehr dient, wird in ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unter Gewerbe „jede nicht sozial unwertige, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit unter Ausnahme der Urproduktion, der freien Berufe und der bloßen Vermögensverwaltung“ verstanden.<sup>59</sup> Auf Dauer angelegt ist eine Tätigkeit nur, wenn sie nachhaltig, planmäßig und nicht nur gelegentlich auf vorübergehende Zeit ausgerichtet ist.<sup>60</sup> Einmalige Tätigkeiten reichen nur dann aus, wenn sie auch in zeitlicher Hinsicht einen größeren Umfang annehmen.<sup>61</sup>

Unter Gewinn wird ein unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteil verstanden, der zu einem nennenswerten Überschuss über den Ausgleich der eigenen Aufwendungen hinausführt.<sup>62</sup> Nach einer Mindermeinung soll Gewinnerzielungsabsicht schon vorliegen, wenn die Tätigkeit nur auf Kostendeckung oder sogar nur auf Kostenminderung zielt.<sup>63</sup> Dann würde es ausreichen, dass die Verbraucherzentrale kostendeckend arbeitet. Stellt man sich hingegen auf den Standpunkt der herrschenden Meinung, müsste die Gewinnerzielungsabsicht verneint werden.<sup>64</sup>

Dieses Ergebnis wird auch erreicht, wenn man mit der ganz herrschenden Meinung in der Literatur davon ausgeht, dass bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand selber es auf die Gewinnerzielungsabsicht nicht ankommt, weil hier niemals Gewerbsmäßigkeit anzunehmen ist.<sup>65</sup> Im Rahmen der Leistungsverwaltung liegt somit keine Gewerbsmäßigkeit vor.<sup>66</sup>

Dieser Ansatz lässt sich auf Verbraucherzentralen, die als eigenständige gemeinnützige Vereine organisiert sind, gleichwohl staatlich subventioniert werden, damit sie ihren Satzungszweck als gesellschaftliche Aufgabe erfüllen können, übertragen. Verbraucherzentralen als gemeinnützige Vereine sind daher nicht als Gewerbe einzuordnen. Es fehlt ihnen zudem an einer Gewinnerzielungsabsicht. Das spiegelt sich auch im Steuerrecht wieder. Verbraucherzentralen unterliegen mit ihrem Zweckbetrieb, zu dem auch die Verbraucherfinanzberatung gehört, nicht der Gewerbesteuer. Die Verbraucherfinanzberatung wird daher steuerlich nicht einer gewerblichen Tätigkeit zugeordnet

Aufgrund der gering geschätzten Fallzahl pro Jahr und der Ausrichtung der Verbraucherzentralen liegt daher weder das Kriterium *gewerbsmäßig* noch ein

---

<sup>58</sup> BGHZ 53, 222 (223), BGHZ 95, 155 (157), Beck/Samm/Kokemoor, Kommentar zum KWG § 1 Rn 34, BFS-KWG/Schäfer, § 1 Rn 18.

<sup>59</sup> BVerwG NJW 2008, 1974, BVerwG DÖV 1995, 644.

<sup>60</sup> Friauf, Kommentar zur GewO, § 1 Rn 96, OLG Schleswig GewArch 1989, 337.

<sup>61</sup> Tettinger/Wank, Kommentar zur Gewerbeordnung, § 1 Rn 11.

<sup>62</sup> Tettinger/Wank, Kommentar zur GewO § 1 Rn 13.

<sup>63</sup> Verneinend: AG Radolfzell, NVwZ-RR 1998, 233 (234), OLG Stuttgart, GewArch 1985, 194, OLG Stuttgart GewArch 1988, 330, Bejahend: OLG Hamm GewArch 1994, 168 (169).

<sup>64</sup> Friauf, Kommentar zur GewO, § 1 Rn 69.

<sup>65</sup> Friauf, Kommentar zur GewO, § 1 Rn 88.

<sup>66</sup> Tettinger/Wank, Kommentar zur GewO § 1 Rn 23.

in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb für die Fälle vor, in der eine Anlageberatung im Sinne von § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG innerhalb der Verbraucherfinanzberatung durchgeführt wird, so dass eine Erlaubnispflicht gem. § 32 Abs. 1 S. 1 KWG entfällt.

### **3 Nichtanwendbarkeit der Regelung**

Nimmt man entgegen der hier vertretenen Auffassung mit der BaFin ein Handeln an, welches einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, so wäre weiter zu prüfen, ob nicht eine der Ausnahmenvorschriften des KWG eingreift. In Betracht kommen dabei § 2 Abs. 6 Nr. 8, Nr. 10 und Nr. 15 KWG. Dies sind folgende Fälle:

- Anlageberatung in Verbindung sowie Anschlussvermittlung von Investmentfondsanteilen durch selbständige Handelsvertreter u.a. (Nr. 8)
- Gelegentliche Finanzdienstleistungen durch Freiberufler wie Rechtsanwälte (Nr. 10)
- Ausnahme bei Anlageberatung als Nebendienstleistung (Nr. 15)

#### **a Investmentfonds – § 2 Abs. 6 Nr. 8 KWG**

Soweit eine Anlageberatung mit Anschlussvermittlung durch selbständige Handelsvertreter als nicht aufsichtsbedürftig und damit erlaubnisfrei angesehen wird, weil es sich hier um standardisierte Produkte handelt, denen keine besonderen Risiken innewohnen,<sup>67</sup> kann nach dem Grundsatz „argumentum a maiori ad minus“ darauf geschlossen werden, dass sich auch angestellte Berater in Verbraucherzentralen darauf stützen können und zu diesen Finanzinstrumenten in Anlehnung an § 2 Abs. 6 Nr. 8 KWG erlaubnisfrei beraten dürfen.

#### **b Nebendienstleistung – § 2 Abs. 6 Nr. 15 KWG**

Bedeutsamer ist die Ausnahmeregelung bei der Anlageberatung als Nebendienstleistung. Beispielhaft wird dafür das Family Office genannt.<sup>68</sup> Voraussetzung ist hierfür, dass (1) keine weiteren Finanzdienstleistungen wie Vermittlung etc. erbracht werden, (2) die Anlageberatung im Rahmen einer anderen beruflichen Tätigkeit erbracht wird und (3) die Anlageberatung selbst nicht gesondert vergütet wird.

Andere Formen von Finanzdienstleistungen i.S.v. § 1 Abs. 1a KWG erfolgen bei der Verbraucherfinanzberatung bei Verbraucherzentralen nicht. Die Anlageberatung erfolgt im Rahmen einer viel weiter gefassten *Verbraucherfinanzberatung*. Eine etwaige Anlageberatung zu einzelnen Finanzinstrumenten erfolgt wenn, dann am Rande einer Verbraucherfinanzberatung. Im Fokus steht die Lebens-, Finanz- und Haushaltsplanung der Verbraucher, deren Preis in der Regel vorab festgelegt ist. Eine etwaige Anlageberatung i.S.d. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG im Rahmen einer Verbraucherfinanzberatung wird von den

<sup>67</sup> Boos/Fischer/Schulte-Matill KWG-Kommentar, 3. Aufl., § 2, Rz. 58

<sup>68</sup> Boos/Fischer/Schulte-Matill KWG-Kommentar, 3. Aufl., § 2, Rz. 68E; siehe dazu auch Kühne/Eberhardt BKR 2008, 133

Verbraucherzentralen auch weder gesondert erfasst noch vom Verbraucher gesondert vergütet. Damit ist für die Verbraucherfinanzberatung insbesondere § 2 Abs. 6 Nr. 15 KWG einschlägig. Verbraucherzentralen bedürfen danach auch aufgrund der bestehenden Ausnahmeregelungen, die hier einschlägig sind, keiner gesonderten Erlaubnis für die gelegentlich bei ihrer Verbraucherfinanzberatung entstehenden Anlageberatung i.S.d. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG.

### **c Freie Berufe – § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG**

Nach § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG sind Angehörige freier Berufe, die Finanzdienstleistungen nur gelegentlich im Rahmen eines Mandatsverhältnisses als Freiberufler erbringen und einer Berufskammer in der Form der Körperschaft des öffentlichen Rechts angehören, von der Erlaubnispflicht befreit. Beratungen zu Problemen bei Finanzinstrumenten werden üblicherweise durch Honoraranwälte beraten, weil hier der Schwerpunkt auf der Rechtsberatung liegt. Soweit im Rahmen einer rechtlichen Beratung durch Honoraranwälte Aussagen darüber getroffen werden, wie mit den bestehenden Geldanlagen verfahren werden soll und diese Finanzinstrumente betreffen, erfolgt diese Anlageberatung über Finanzinstrumente in der Regel nur gelegentlich und im Rahmen der Rechtsberatung. Wesentliche Voraussetzung für die Befreiung ist also, dass die Finanzdienstleistungen im Rahmen eines Mandatsverhältnisses erbracht werden. Davon ist auszugehen, wenn zwischen der Finanzdienstleistung und der jeweiligen berufstypischen Tätigkeit ein so enger Zusammenhang besteht, dass die Finanzdienstleistung als Teil davon anzusehen ist und damit zum Kernbereich der berufsständischen Aufgaben gehört. Indiz hierfür kann sein, ob die aus Finanzdienstleistungen erzielten Einkünfte als Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG gelten.<sup>69</sup> Davon ist zumindest bei einer Rechtsberatung mit Anlageempfehlung durch Anwälte mit Bezug auf Finanzdienstleistungen auszugehen.

### **d Verbleibende Fälle – Extensive Auslegung von oder Analogie zu § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG**

Bei den zahlenmäßig sehr wenigen verbleibenden Fällen handelt es sich um Rechtsberatungen mit wirtschaftlicher Empfehlung bestimmter Finanzinstrumente durch MitarbeiterInnen der Verbraucherzentralen, die nicht Honoraranwälte sind. Diese Personen dürfen aufgrund der Privilegierung der Verbraucherzentralen im RDG zwar Rechtsberatungen durchführen, eine solche Ausnahme findet sich ausdrücklich aber nicht im KWG. Falls man diese Beratungen nicht bereits aus anderen Gründen als erlaubnisfrei ansieht, dann müsste spätestens hier eine Erlaubnispflichtigkeit nach dem KWG bejaht werden. Die Folge wäre paradoxerweise, dass Personen ohne abgeschlossenes Jurastudium zwar unter Anleitung eines Juristen in Verbraucherzentralen über rechtliche Zusammenhänge bei Finanzinstrumenten aufklären dürften, ihnen andererseits aber eine Anlageempfehlung nicht erlaubt würde, während andererseits Juristen, deren wirtschaftswissenschaftliche Qualifikation im Zweifel nicht

---

<sup>69</sup> Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG § 2 Rn 62.

höher liegt als bei Personen ohne juristisches Studium, Anlageempfehlungen erbringen dürfen.

Zur Vermeidung dieser Wertungswidersprüche ist zu prüfen, ob Mitarbeiter von Verbraucherzentralen wie Angehörige freier Berufe zu behandeln sind und von den Regelungen des KWG freigestellt werden sollen.

In Betracht kommt hier eine verfassungskonforme (extensive) Auslegung des Begriffs „freie Berufe“ oder, falls eine solche Auslegung nicht möglich ist, eine Analogie zu der Ausnahmegesetzgebung des § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG. Der Zirkelschluss aus RDG und KWG *„Berater in Verbraucherzentralen dürfen wie Rechtsanwälte beraten, Rechtsanwälte dürfen Anlageberatung durchführen, also dürfen Berater in Verbraucherzentralen Anlageberatung durchführen und sind als „freie Berufe“ im Sinne des KWG anzusehen“* ist naheliegend. Eine extensive Auslegung der „freien Berufe“ erscheint auch mit dem Wortlaut noch vereinbar zu sein. Der Begriff der freien Berufe ist historisch gewachsen und umfasst Heilkundler wie etwa Ärzte, Zahnmediziner und Apotheker; rechts-, wirtschafts- und steuerberatende Freiberufler; Techniker wie beispielsweise Architekten und Ingenieure und schließlich die Angehörigen der Freien Kulturberufe. Die Tätigkeit der BeraterInnen in der Verbraucherfinanzberatung ist sowohl der Rechts- als auch der Wirtschaftsberatung zuzurechnen. Zudem sind Verbraucherzentralen wie die Freiberufler (Katalogberufe) des § 18 EStG nicht Gewerbesteuerpflichtig. Andererseits gehört das Beschäftigungsverhältnis nicht zum Begriff des freien Berufes. So sind Rechtsanwälte auch dann Angehörige der freien Berufe, wenn sie angestellt sind.

Lässt man hingegen eine extensive Auslegung an der Grenze des Wortlauts oder wegen einer rein formalen Einordnung<sup>70</sup> scheitern, käme eine Analogie in Betracht, so dass die Rechtsfolge des § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG auf die MitarbeiterInnen der Verbraucherzentralen zu übertragen wären.

Eine Analogie kann vorgenommen werden, wenn eine planwidrige Regelungslücke besteht und eine andere Norm einen vergleichbaren Regelungsgehalt hat und die Interessenslage vergleichbar ist, so dass sich die Rechtsfolge auf den nicht geregelten Sachverhalt übertragen lässt. Eine Regelungslücke liegt vor, wenn der Sachverhalt nicht unter das Gesetz subsumierbar ist. Diese Voraussetzung ist, wenn man wie hier eine extensive Auslegung des Begriffs der „freien Berufe“ ablehnt, gegeben. Sie ist planwidrig, wenn der Gesetzgeber bei der Regelung eines Komplexes schlicht übersehen hat, eine Regelung zu treffen und sich aus den Wertungen der Regelung ergibt, dass der Gesetzgeber eine Regelung getroffen hätte, wäre ihm die Lücke bewusst gewesen. Wie bereits ausgeführt wurde, sind Verbraucherzentralen weder in den Erwägungen der MIFID noch in der Begründung des FRUG im Hinblick auf die Anlageberatung erwähnt.<sup>71</sup> Sie werden vom Gesetzgeber dort lediglich als Kontrollinstanzen der Verbraucher wahrgenommen. Erst in jüngerer Zeit ist die gemeinnützige Verbraucherfinanzberatung im Bewusstsein des Gesetzgebers

---

<sup>70</sup> Die freien Berufe sind im Bundesverband der freien Berufe organisiert. Beraterinnen und Berater in den Verbraucherzentralen gehören – mit Ausnahme der Honoraranwälte – nicht dazu.

<sup>71</sup> Hierzu oben unter BI1, S. 15.

angekommen.<sup>72</sup> Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, dass ihm die Problematik bei der Verabschiedung der MIFID bzw. des FRUG bewusst gewesen ist. Gleichzeitig ist die gesetzgeberische Wertung die freien Berufe zu privilegieren auf die BeraterInnen der Verbraucherzentralen übertragbar.

Die Ausnahmegvorschrift für Angehörige freier Berufe war bereits im KWG alter Fassung enthalten und beruht auf Art. 2 Abs. 2 Buchstabe c der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22 EWG. Der deutsche Gesetzgeber gibt keine ausdrückliche Begründung für die Freistellung dieser Tätigkeiten, sondern bezieht sich lediglich auf die genannte umzusetzende Richtlinie.<sup>73</sup> Auch die Richtlinie selbst enthält keine Erläuterung zu der Ausnahme. Die gesetzgeberische Wertung ist daher dem Gesetz selbst zu entnehmen:

§ 1 KWG enthält sehr weitreichende Definitionen für die Begriffe Kreditinstitut, Finanzdienstleistungsinstitut und das Handelsbuch. Dadurch werden auch Unternehmen erfasst, für die eine Einhaltung der KWG-Vorschriften und die Beaufsichtigung durch die BaFin nicht geboten ist.<sup>74</sup> Dies führt zum Ausschluss bestimmter Berufsgruppen und Institute. Bei den freien Berufen lässt sich eine Begründung aus den Einschränkungen, die die Ausnahmegvorschrift enthält, herleiten. Danach sollen die freien Berufe nur dann ausgenommen werden, wenn Finanzdienstleistungen nur gelegentlich im Rahmen der Berufstätigkeit ausgeführt werden. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht wendet die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG restriktiv an. Finanzdienstleistungen werden nur dann gelegentlich im Rahmen der Berufstätigkeit erbracht, wenn sich diese wesensmäßig nicht von den berufstypischen Tätigkeiten des Berufsstandes unterscheiden. Die Finanzdienstleistung muss als Teil einer Berufstätigkeit anzusehen sein, die zum Kernbereich der berufsständischen Aufgaben gehört (Schreiben des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 6.4.1998 [VII 4-71.99.10]).

Die vorstehende Argumentation lässt sich auf die Tätigkeit in der BeraterInnen in der Verbraucherfinanzberatung übertragen. Wie oben gezeigt wurde, erbringen die BeraterInnen der Verbraucherzentralen wenn überhaupt dann nur im Rahmen ihrer Tätigkeit in der Verbraucherfinanzberatung in den Fällen indirekter, entscheidungsunterstützender Empfehlungen Finanzdienstleistungen. Weiterhin geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Beratung der Verbraucherzentralen qualitativ sachgemäß ist. Dies hat er in der Privilegierung im Rechtsdienstleistungsgesetz deutlich gemacht. Dies lässt den Schluss zu, dass es der europäische und deutsche Gesetzgeber im Rahmen der MIFID und des FRUG übersehen haben, die Verbraucherzentralen von den einschränkenden Regelungen der MIFID bzw. des KWG zu befreien. Wäre dem Gesetzgeber die Verbraucherfinanzberatung bewusst gewesen, so hätte er zudem eine klarstellende Regelung wie für die freien Berufe getroffen. Anderenfalls hätte er sich in Widerspruch zu seinen eigenen grundsätzlichen Wertungen gesetzt, die er durch die Ausnahmegvorschriften dokumentierte.

---

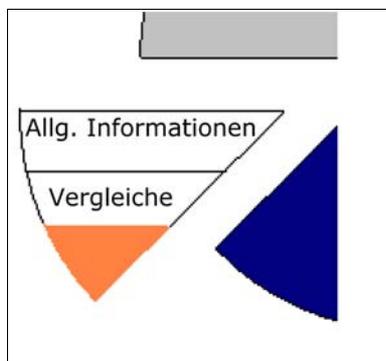
<sup>72</sup> Siehe oben die Zitate aus der Ausschreibung der Kommission unter AIV, S. 13.

<sup>73</sup> Siehe hierzu die BT Drs. 13/7142, S. 71, wo lediglich auf die Richtlinie verwiesen wird.

<sup>74</sup> Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG 3. A. 2008, § 2 Rn1.

#### 4 Ergebnis zu Finanzinstitut

Die hilfsweise Prüfung des Merkmals „Finanzinstitut“ hat ergeben, dass die Verbraucherzentralen entweder nicht hierunter fallen, oder aber die gesetzlichen Ausnahmeregelungen greifen.



Der orangefarben markierte verbleibende Teil der Verbraucherfinanzberatung, falls er entgegen der oben getroffenen Annahme<sup>75</sup> unter die Anlageberatung zu bestimmten Finanzinstrumenten i.S.v. § 1 Abs. 1 a S. 2 Nr. 1a KWG fällt, setzt sich damit im Wesentlichen aus folgenden Bereichen zusammen:

- Beratung durch Honoraranwälte mit „Empfehlung“ (Aufklärungs-, Beratungsverschulden, Schadensersatz, Rückabwicklungsansprüche) – erlaubnisfreie Anlageberatung gem. § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG
- Beratung durch übrige MitarbeiterInnen – erlaubnisfreie Anlageberatung gem. § 2 Abs. 6 Nr. 10 KWG oder in Analogie hierzu
- Anlageberatung zu Investmentfonds – erlaubnisfreie Anlageberatung in Anlehnung an § 2 Abs. 6 Nr. 8 KWG
- Anlageberatung im Rahmen einer anderen beruflichen Tätigkeit, ohne sich die Anlageberatung gesondert vergüten zu lassen – erlaubnisfreie Anlageberatung gem. § 2 Abs. 6 Nr. 15 KWG

Dies wird auch von den EU-rechtlichen Vorgaben der Finanzmarkt-Richtlinie 2004/39/EG abgedeckt, die ebenfalls entsprechende Ausnahmen in Artikel 2 und Artikel 3 vorsieht.

#### IV Verfassungskonformität des Ergebnisses: Art. 12 GG

Ob das hier erzielte Ergebnis auch im Einklang mit dem Grundgesetz steht, ergibt eine Prüfung einer hypothetischen Untersagung durch die BaFin.

Die Regulierung der Anlageberatung stellt einen Eingriff in Freiheitsrechte, und zwar in die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, dar. Dies ist bei der Auslegung des KWG und bei allen hierauf begründeten Hoheitsakten, wie beim Einschreiten gegen ungesetzliche Geschäfte gemäß § 37 KWG, zu berücksichtigen. Betroffen durch eine solche Untersagung wäre die Berufswahlfreiheit.

<sup>75</sup> Siehe BII4, S. 32.

Dies gilt zunächst einmal für die einzelne Beraterin und den einzelnen Berater in den Verbraucherzentralen. Vom persönlichen Schutzbereich eines Grundrechts können neben natürliche Personen gemäß Art. 19 Abs.3 GG auch juristische Personen des Privatrechts umfasst werden, wenn es sich dabei um eine inländische Personengemeinschaft mit der Fähigkeit zur eigenen Willensbildung handelt, auf die das jeweilige Grundrecht seinem Wesen nach anwendbar ist. Die Verbraucherzentralen in der Rechtsform des gemeinnützigen Vereins sind inländische juristische Personen des Privatrechts im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG. Juristische Personen sind nach allgemeiner Auffassung durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, wenn sie einer Erwerbstätigkeit nachgehen, die ebenso von einer natürlichen Person ausgeübt werden könnte.<sup>76</sup> Dies gilt auch für gemeinnützige Vereine. Dazu hat sich in einem ähnlichen Sachverhalt das Bundesverwaltungsgericht<sup>77</sup> wie folgt geäußert:

*Zwar kann eine juristische Person nicht einen Beruf im Sinne einer Lebensaufgabe ausüben, in der sich die menschliche Persönlichkeit ausformt. In der Rechtsprechung des BVerfG ist aber geklärt, daß der Begriff des Berufs i. S. des Artikel 12 Absatz I GG weit auszulegen ist und grundsätzlich jede sinnvolle, erlaubte Tätigkeit umfaßt. Das Grundrecht der Berufsfreiheit steht daher auch inländischen juristischen Personen des Privatrechts (Artikel 19 Absatz III GG) jedenfalls insoweit zu, als eine darunter fallende Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann. Das ist bei der vom Kl. ausgeübten bzw. beabsichtigten Tätigkeit im Bereich der Schulung und Ausbildung von Fahrerlaubnisbewerbern, mit der Kenntnisse in der Versorgung Unfallverletzter und in Erster Hilfe (§ 2 STVG § 2 Absatz I 2 und 4 StVG) vermittelt werden, der Fall. Weil die Berufsfreiheit weiter reicht als die Gewerbefreiheit, gewährleistet Artikel 12 Absatz I GG dem einzelnen und juristischen Personen des Privatrechts das Recht, jede erlaubte Arbeit, für die sie sich geeignet und legitimiert glauben, als "Beruf" zu ergreifen und zur Grundlage der Lebensführung zu machen (vgl. BVerfGE 7, BVERFGE Jahr 7 Seite 377 (BVERFGE Jahr 7 Seite 397) = NJW 1958, NJW Jahr 1958 Seite 1035; BVerfGE 50, BVERFGE Jahr 50 Seite 290 (BVERFGE Jahr 50 Seite 362) = NJW 1979, NJW Jahr 1979 Seite 699). Dazu gehört auch eine Tätigkeit in dem vorgenannten Bereich. Auch wenn diese Aufgabe - wie hier - bei einem als gemeinnützig anerkannten Rechtssubjekt nicht mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden darf, ändert das nichts daran, daß der Verein geschäftsmäßig betrieben wird und kostendeckend arbeiten soll, so daß bei ihm der für Artikel 12 Absatz I GG erforderliche ökonomische Grundbezug nicht fehlt.*

Die vorstehende Argumentation lässt sich auf den Sachverhalt der Anlageberatung durch Verbraucherzentralen übertragen. Der persönliche Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist damit auch für die Verbraucherzentralen selbst, als juristische Personen des Privatrechts, eröffnet. Damit liegt ohne Zweifel auch ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Verbraucherzentralen vor, wenn diesen ihre Tätigkeit in der Verbraucherfinanzberatung von der BaFin ganz untersagt – oder aber unter Auflagen gestellt würde, da es sich bei der Regulierung zur Zulässigkeit der Anlageberatung beziehungsweise der Finanzdienstleistungsinstitute um einen klassischen, unmittelbaren, intendierten staatlichen Eingriff handelte.

Ein solcher Eingriff durch die BaFin wäre nur zulässig, wenn er gerechtfertigt wäre. Art. 12 GG unterliegt der einfachen Schranke des Gesetzesvorbehalts. Die Berufsfreiheit kann damit grundsätzlich durch ein einfaches Gesetz – wie im KWG geschehen – eingeschränkt werden. Diese Möglichkeit der Beschrän-

<sup>76</sup> Dietrich, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, GG Art. 12 Rn 13.

<sup>77</sup> BVerwG, Urteil vom 22.12.1993, 11 C 46/92, NJW 1994, 2166.

kung unterliegt nun ihrerseits Schranken. Nach der Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts sind Eingriffe in die Art der Berufsausübung nur dann gesetzeskonform, wenn sie auf vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls beruhen. Eingriffe, die auf subjektiven Berufszulassungsvoraussetzungen beruhen, sind nur dann gerechtfertigt, wenn sie dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen. Um einen solchen Eingriff (subjektive Zulassungsbeschränkung) handelte es sich bei der Versagung der Verbraucherfinanzberatung der Verbraucherzentralen durch die BaFin. Die oben genannten Ziele des Gesetzgebers – Schutz des Eigentums der Verbraucher wegen unsachgerechter, das heißt unqualifizierter und überwiegend von Eigeninteressen geleiteter Beratung und die Gewährleistung der Regressfähigkeit derjenigen, die Anlageberatungen erbringen, sind zudem als wichtige Gemeinschaftsgüter einzuordnen, wie auch das Vertrauen der Verbraucher in eine funktionsfähige Anlageberatung insgesamt.

Dennoch ergeben sich Zweifel an der Verfassungskonformität einer Versagung, die die Bafin einer Verbraucherzentrale gegenüber ausspricht, denn diese Maßnahme müsste dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Sie müsste also auch geeignet, erforderlich und angemessen sein, um ihren Zweck – hier den Schutz des einzelnen Verbrauchers – zu erreichen. Zweifel ergeben sich bereits bei der Erforderlichkeit einer gegenüber einer Verbraucherzentrale ausgesprochener Untersagung, denn es bestehen erhebliche Zweifel, dass die wesentlichen Gefahren, die der Gesetzgeber als Regelungsmotive für die Regulierung der Anlageberatung nennt, auf die Verbraucherzentralen zutreffen:

Da in Verbraucherzentralen Berater von sich aus auch keine einzelnen Produkte empfehlen und einzelne Anbieter bevorzugen, sind keine Gefahren ersichtlich, die z. B. über die Risiken bei der Anlageberatung und Vermittlung von freien Handelsvertretern hinausgehen würde, die ebenfalls erlaubnisfrei ist. Es besteht daher auch unbeschadet der Ausnahmetatbestände kein darüber hinausgehendes Bedürfnis nach einer Kontrolle der Verbraucherzentralen durch die Bundesanstalt. Weiterhin scheiden in der Beratung der Verbraucherzentralen Interessenskonflikte aufgrund des gemeinnützigen Auftrags und insbesondere der Provisionsunabhängigkeit der Verbraucherzentralen aus. Wie oben gezeigt wurde, verstehen die Verbraucherzentralen sich nicht als Konkurrenz zum Markt, sondern als Kontrollinstanz gegenüber dem Markt, um Missstände aufzudecken und als Hilfsinstanz für Verbraucher bei ihrer Entscheidungsfindung.

Im Hinblick auf die Qualität der Beratung kann davon ausgegangen werden, dass die Verbraucherzentralen den an sie gerichteten Anforderungen genügen. Dies entspricht nicht nur ihrem Selbstverständnis, sondern ist auch dokumentierte Meinung des Gesetzgebers. So wird den Verbraucherverbänden von der EU eine Wächterfunktion zugetraut. Artikel 52 MIFID regelt:

*Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass eine oder mehrere der folgenden nach nationalem Recht bestimmten Stellen gemäß dem nationalen Recht im Interesse von Verbrauchern die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsinstanzen anrufen kann bzw. können, um dafür zu sorgen, dass die nationalen Vorschriften zur Durchführung dieser Richtlinie angewandt werden:*

a) staatliche Stellen oder ihre Vertreter;

b) Verbraucherverbände, die ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben (...)

Es ist nicht davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber den Verbraucherverbänden eine solche Wächterfunktion zuerkannt hätte, wenn er davon ausgegangen wäre, dass die Verbraucherverbände selbst den von ihnen zu überwachenden Tätigkeiten unterfallen sollten. Die inhaltliche Kompetenz der Verbraucherzentralen wird zudem auch vom deutschen Gesetzgeber in anderen Gesetzen vorausgesetzt. Hierzu zählen das Unterlassungsklagegesetz und das Rechtsdienstleistungsgesetz, welche die Verbraucherzentralen jeweils privilegieren. Das Vertrauen des Gesetzgebers in die Qualität der Beratung der Verbraucherzentralen ist auch durchaus gerechtfertigt. So haben die Verbraucherzentralen Vorkehrungen getroffen, die eine hohe Beratungsqualität gewährleisten. Dazu gehören die ständigen Fortbildungen, die durch den Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV) organisiert werden, wie auch der ständige Austausch der Verbraucherzentralen untereinander etwa über EDV-basierte Systeme wie ELVIS, auf das alle Verbraucher-Zentralen zugreifen. Zudem nutzen die Verbraucher-Zentralen auch externen Sachverstand, zum Beispiel innerhalb der Kooperation mit dem iff über die iff-Infobriefe und lassen die Beratungsqualität regelmäßig evaluieren, wie zuletzt die Verbraucher-Zentrale Hessen. Insgesamt haben sich die Verbraucherzentralen hinsichtlich Beratungsqualität und Unabhängigkeit einen hervorragenden Ruf aufgebaut, und es besteht damit ein Eigeninteresse, diesen Ruf nicht zu verlieren und auch weiterhin nicht mit Anstrengungen nachzulassen, die erreichte Qualität zu halten.

Schließlich erachtet der deutsche Gesetzgeber eine Versicherungspflicht der Verbraucherzentralen nicht für notwendig, weil die Verbraucherzentralen seiner Meinung nach über ausreichend Kapital verfügen, um durch sie verursachte Schäden abzudecken. Diese Auffassung findet sich explizit nicht in der Begründung des Kreditwesengesetzes, aber in der Begründung des Rechtsdienstleistungsgesetzes. Erforderlich ist gemäß § 7 Abs. 2 RDG, dass die genannten Stellen zur sachgerechten Erbringung dieser Rechtsdienstleistung neben der Ausstattung mit den erforderlichen personellen, sachlichen und finanziellen Mitteln, sicherstellen, dass die Rechtsdienstleistung durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt oder unter Anleitung einer solchen Person erfolgt.<sup>78</sup> Eine Mindestmittelausstattung schreibt das Gesetz nicht vor. Die Ausstattung ist abhängig vom Umfang der Tätigkeit. Hierzu führt der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung zum Rechtsdienstleistungsgesetz aus:

*Die Anforderungen an die Ausstattung stehen dabei in unmittelbarer Abhängigkeit zu dem Umfang, in dem eine Vereinigung Rechtsdienstleistungen anbietet: Vereinigungen mit wenigen Mitgliedern, die nur gelegentlich Rechtsrat erteilen – etwa ein einzelner Kleingartenverein, der seine Mitglieder auch in rechtlichen Fragen berät, die im Zusammenhang mit der Vereinszugehörigkeit entstehen – benötigen keine besondere Ausstattung. Bei ihnen verbleibt es daher bei der Pflicht zur Beteiligung einer juristisch qualifizierten Person, die auch im Dachverband, im Beispiel der Kleingartenvereine etwa im Bundesverband der Gartenfreunde e. V., angesiedelt sein kann. Wer dagegen – wie etwa die Gewerkschaften oder die Mietervereine – seinen zahlreichen Mitgliedern umfassende Rechtsdienstleistungen auf den Gebieten*

<sup>78</sup> Vergleiche zur Befugnis öffentlicher Stellen (AWO) und den Voraussetzungen zuletzt AG Helmstedt, Beschluss vom 26.05.2010, AZ: 14 II 233/10, in JURIS.

des Arbeits- bzw. Mietrechts anbietet, benötigt eine professionelle Organisationsstruktur. Hierzu gehört neben der Anzahl und Qualifikation der vor Ort beratenden Mitarbeiter und dem Vorhandensein einer ausreichenden, der Tätigkeit angemessenen Büroausstattung auch eine finanzielle Ausstattung, die – zumal eine Haftpflichtversicherung grundsätzlich nicht erforderlich ist – auch ausreicht, um einzelne Haftungsfälle abzudecken.<sup>79</sup>

Eine Versicherungspflicht besteht demnach für die privilegierten Institutionen nicht. Die ausreichende („erforderliche“) Ausstattung wird vom Gesetzgeber bei den Verbraucherzentralen als gegeben vorausgesetzt:

Während die in § 7 Abs. 2 genannten Mindestanforderungen an Ausstattung und Organisation von den Verbraucherzentralen und den Wohlfahrtsverbänden (Arbeiterwohlfahrt, Caritasverband, Diakonisches Werk, Deutsches Rotes Kreuz, Paritätischer Wohlfahrtsverband, Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland) ohne weiteres erfüllt werden und daher keine Einschränkung ihrer Tätigkeit darstellen (...) <sup>80</sup>

Die vorgenannten Erwägungen, die der Gesetzgeber im Rechtsdienstleistungsgesetz im Hinblick auf die Verbraucherzentralen in Bezug auf ihre finanzielle, personelle und sachliche Ausstattung anstellte, treffen auch auf das KWG zu, wie zur Veranschaulichung nachfolgende Tabelle zeigt. Dargestellt sind die einzelnen gesetzlichen Zulässigkeitsanforderungen, wobei beim RDG zwischen den privilegierten Instituten (VZ) und den übrigen Personen (alle) unterschieden wird. Angegeben ist, ob der Nachweis erbracht werden muss (X) oder ob die Erfüllung der Anforderung vorausgesetzt wird, ohne dass es eines Nachweises bedarf (V). Die Erläuterungen zu den Anforderungen finden sich anschließend unter b und c.

Anforderung	RDG (Registrierte)	RDG (VZ)	KWG
<b><u>Berater</u></b>			
persönliche Eignung	X	V	0
theoretische und praktische Sachkunde	X	V	0
Volljurist oder Anleitung durch Volljurist	X	V	0
Zuverlässigkeit	X	V	0
<b><u>Organisation</u></b>			
Anleitung durch Person mit Befähigung zum Richteramt		V	0
Fachliche Eignung des Geschäftsführers	X	V	X
„erforderliche“ sachliche und personelle Mit-	X	V	

<sup>79</sup> BT Dr 16/3655, S. 60.

<sup>80</sup> BT Dr 16/3655, S. 62.

Anforderung	RDG (Registrierte)	RDG (VZ)	KWG
tel			
Geschäftsplan mit internen Kontrollverfahren	0	0	X
<b><i>Finanzielle Haftung</i></b>			
Haftpflichtversicherung, obligatorisch	X	0	0
Haftpflichtversicherung, fakultativ	X	X	X
„ausreichende“ finanzielle Ausstattung		V	
Mindestanfangskapital in Höhe von 125.000 Euro		0	X

Die Übersicht zeigt, dass der Gesetzgeber im RDG in den Bereichen Beraterqualifikation, Organisation, finanzielle Ausstattung und Haftung vieles bei den Verbraucherzentralen bereits voraussetzt, was er so oder ähnlich im KWG verlangt. Da der Gesetzgeber selbst also keine Gefährdung der von ihm vorgegebenen Schutzgüter durch die Tätigkeit der Verbraucherzentralen erkennt, ist es nicht erforderlich, die Verbraucherzentralen der Erlaubnispflicht nach dem KWG zu unterstellen. Eine gegenüber der Verbraucherzentrale ausgesprochene Untersagung der Anlageberatung wäre nicht angemessen, die gesetzlichen Zielvorgaben zum Schutz der Verbraucher zu erfüllen. Eine solche Maßnahme der BaFin gegenüber einer Verbraucherzentrale würde damit einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die durch Art. 12, 19 GG garantierte Berufsfreiheit der Verbraucherzentralen darstellen.

Die hier vorgenommene restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Empfehlung“ beziehungsweise die extensive Auslegung des Begriffs „freie Berufe“ steht damit nicht nur im Einklang mit dem Grundgesetz, sondern ist die einzig mögliche, um den verfassungsmäßigen Schutz zu gewährleisten.

## V Schlussfolgerung

Für die Verbraucherfinanzberatung ergibt sich nach dem Wortlaut des Gesetzes ebenso wie seinem Zweck in verfassungskonformer Auslegung eine relativ einfache Regel:

Erlaubt ist jede Beratung der Verbraucher im Bereich von Finanzinstrumenten, die dem Verbraucher für dessen Entscheidung wichtige Informationen und Bewertungen an die Hand gibt, solange sie diese Entscheidungen dem Verbraucher nicht durch eine "Empfehlung" abnimmt. Damit können auch solche Bewertungen abgegeben werden, die ein Dritter logisch in eine bestimmte Empfehlung umdeuten würde. Entscheidend ist allein, ob dem Verbraucher deutlich gemacht wurde, dass die Entscheidung bei ihm bleibt und dass Bewertun-

gen der Berater subjektiv sind und zu mitgeteilten Tatsachen die Quellen genannt werden (indirekte, entscheidungsunterstützende Empfehlung).

Für Empfehlungen, die ein notwendiges Element der Verbraucherfinanzberatung sind, gelten die Verbraucherzentralen zudem nicht als Finanzinstitute. Dies ergibt sich aus § 2 Abs.6 Nr. 10 KWG oder in Analogie dazu. Diese Auslegung folgt zwingend aus der verfassungsrechtlich gewährten Berufsfreiheit, mit der das Bundesverfassungsgericht bereits das Rechtsberatungsverbot für Versicherungsvertreter für verfassungswidrig erklärt hat.

Rechtlich betrachtet fällt die Verbraucherfinanzberatung derzeit damit aus mehreren Gründen nicht unter die Erlaubnispflichtigkeit nach dem KWG. Wie die Schreiben der BaFin an den Dachverband der Verbraucherzentralen zeigen, besteht jedoch eine Unsicherheit auf behördlicher Ebene in Bezug auf die Erlaubnispflichtigkeit. Zwar ist der Argumentation der BaFin nicht zu folgen, dass jede entgeltliche Geldanlageberatung, bei der eine Bestandsaufnahme der vorhandenen Finanzdienstleistungen erfolgt, automatisch unter die Anlageberatung i.S.d. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG fällt. Doch reicht die damit erzeugte Unsicherheit aus, die Verbraucherfinanzberatung an sich in Frage zu stellen. Eine Einschränkung der Verbraucherfinanzberatung im Bereich von Finanzinstrumenten würde bedeuten, dass gerade im Bereich der Altersvorsorge und dem langfristigen Vermögensaufbau die Verbraucherfinanzberatung so erhebliche Lücken aufweisen würde, dass dies die gesamte Verbraucherfinanzberatung in Frage stellt. Die Vermeidung von Empfehlungen zu bestimmten Finanzprodukten, zu denen es situationsbedingt immer wieder kommen kann, würde zudem besonders die Personen und Haushalte treffen, die problematische Produkte gekauft haben. Stark betroffen wären auch diejenigen Verbraucher, die Probleme haben, die übliche Beratung mit Hilfe von Vergleichslisten und allgemeinen Bewertungsmaßstäben auf ihre Situation umzusetzen. Gerade Personen mit geringer finanzieller Allgemeinbildung und problematischen Produkten würden so unter einer Selbstbeschränkung leiden. Zu dem gesamten Thema von Lehman Zertifikaten hätte die Verbraucherfinanzberatung nach der Vorstellung der BaFin danach keine persönliche Beratung anbieten dürfen.

Es ist daher wichtig, dass die Berater in der Verbraucherfinanzberatung nicht unter einer Selbstzensur aufgrund der bestehenden Unsicherheit, ausgelöst durch die Schreiben der BaFin, leiden und eine rechtliche Klarstellung erfolgt, die Verbraucherfinanzberatung nach dem Selbstverständnis der Verbraucherzentralen produkt- und problemübergreifend ermöglicht. Zur Erlangung von Rechtssicherheit käme es in Betracht, bei der BaFin ein Negativtestat gemäß § 4 KWG zu beantragen, wonach sie nicht den Vorschriften des Kreditwesengesetzes unterliegen. Hierbei sollte entlang dieses Gutachtens argumentiert werden. Wird ein solches Negativtestat nicht erteilt, so käme eine Verpflichtungsklage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht in Betracht.<sup>81</sup>

Unabhängig davon käme theoretisch, aber nur als ultima ratio, auch eine Befreiung von der Erlaubnispflicht gemäß § 2 Abs. 4 KWG im Einzelfall in Be-

---

<sup>81</sup> Ein Beispiel hierfür ist die Entscheidung VG Berlin vom 19.08.1996, WM 1997, 218.

tracht, soweit die Verbraucherzentralen von der BaFin trotz der hier vorgelegten Einwände als Finanzdienstleistungsinstitut eingestuft würden. Demnach *kann* die Bundesanstalt im jeweiligen Einzelfall bestimmen, dass auf ein Institut § 32 KWG nicht anzuwenden ist, solange das Unternehmen wegen der Art der von ihm betriebenen Geschäfte nicht der Aufsicht bedarf. Maßgebliche Kriterien für die Bundesanstalt bei der Entscheidungsfindung sind die Art der Geschäfte, der Kundenkreis und die Risiken für Dritte.<sup>82</sup> Befreiungen werden in der Regel erteilt, wenn die Finanzdienstleistung lediglich ein Neben- oder Hilfsgeschäft im Zusammenhang mit anderen Geschäften ist.<sup>83</sup> Die Befreiung nach § 2 Abs. 6 KWG umfasst auch Finanzdienstleistungsinstitute und setzt voraus, dass die Ausnahmen gem. § 2 Abs. 1 und Abs. 6 KWG nicht bestehen. Die BaFin kann nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, inwieweit das Unternehmen einer Aufsicht bedarf. Die Befreiung ist oft mit Auflagen verbunden und steht oft unter einem Widerrufsvorbehalt.<sup>84</sup> Beispiel für eine Befreiung sind rechtlich selbständige Stiftungen, die nur gemeinnützige Zwecke verfolgen.<sup>85</sup> Dies deckt sich mit der Ausrichtung und der Satzung der Verbraucherzentralen. Da bisher keine Befreiung durch die Bundesanstalt getroffen wurde, kann sich eine Verbraucherzentrale auf § 2 Abs. 4 KWG nicht berufen. Zudem eröffnet die Regelung der Bundesanstalt einen erheblichen Spielraum bei der Entscheidung und Möglichkeiten von Auflagen.

Schließlich sollte in dem laufenden Gesetzgebungsverfahren auf eine Klarstellung gedrängt werden, damit in Zukunft keine Unklarheiten mehr in Bezug auf die Erlaubnisfreiheit der Verbraucherfinanzberatung bestehen.

---

<sup>82</sup> Beck/Samm/Kokemoor, Kommentar KWG § 2 Rn 82;

<sup>83</sup> Reischauer/Kleinhaus, Kommentar KWG § 2 Rn 42.

<sup>84</sup> Boos/Fischer/Schulte-Matill KWG-Kommentar, 3. Aufl., § 2, Rz. 44

<sup>85</sup> Boos/Fischer/Schulte-Matill KWG-Kommentar, 3. Aufl., § 2, Rz. 41