

Abschrift



142208

VERWALTUNGSGERICHT SIGMARINGEN

Im Namen des Volkes Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

prozessbevollmächtigt:

- Kläger -

gegen

Industrie- und Handelskammer

- Beklagte -

wegen Anerkennung der Ausnahmeregelung nach § 16 MaBV und unbefristete Erlaubnis i.S.d. § 34f GewO u.a.

hat das Verwaltungsgericht Sigmaringen - 2. Kammer - durch den Präsidenten des Verwaltungsgerichts Dr. Mattes, die Richterin am Verwaltungsgericht Fritsch und die Richterin am Landgericht Baudis sowie durch die ehrenamtlichen Richterinnen Susanne Berger und Brigitta Blumenschein ohne mündliche Verhandlung

am 30. Januar 2014

für R e c h t erkannt:

Es wird festgestellt, dass die dem Kläger am 11. Juni 2013 durch die Beklagte erteilte Erlaubnis nach § 34f GewO ohne Erbringung eines Sachkundenachweises auch nach dem 01. Januar 2015 wirksam bleibt.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen einen Hinweis der Beklagten, wonach die von dieser erteilte Erlaubnis für die Finanzvermittlung nach § 34f GewO ab dem 01.01.2015 vom Vorliegen eines Sachkundenachweises abhängig sein soll.

Der Kläger ist langjährig (auch) als Anlagevermittler tätig. Bereits am 24.02.1992 erhielt er eine Erlaubnis nach § 34c GewO der damals geltenden Fassung, die u.a. auch die Vermittlung von Kapitalanlagen betraf. Nachdem zum 01.01.2013 die neu geschaffene Norm des § 34f GewO in Kraft getreten war, nach der die Tätigkeit als Finanzanlagevermittler und -berater einer gesonderten Erlaubnis bedarf, stellte er am 19.04.2013 einen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis nach § 34f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GewO (Beratung und Vermittlung von Anteilsscheinen einer Kapitalanlagegesellschaft oder Investmentgesellschaft oder von ausländischen Investmentanteilen, die im Geltungsbereich des Investmentgesetzes öffentlich vertrieben werden dürfen). Mit Schreiben vom 14.05.2013 bestätigte das Landratsamt B. hierzu, dass der Kläger für die Jahre 2008 bis 2011 lückenlos und ununterbrochen Prüfungsberichte zu seiner bisherigen Tätigkeit eingereicht habe. Für die Jahre 2006 und 2007 sei der Prüfbericht am 08.05.2013 nachgereicht worden. Der Prüfbericht für die Jahre 2006 und 2007 datierte vom 11.02.2013.

Mit Bescheid vom 11.06.2013 übersandte die Beklagte dem Kläger die Erlaubnis für die Tätigkeit als Finanzanlagenvermittler nach § 34f GewO. Diese enthielt den Hinweis, dass die Erlaubnis automatisch erlösche, wenn der nach § 34f Abs. 2 Nr. 4 GewO erforderliche Sachkundenachweis nicht bis zum 01.01.2015 bei der Beklagten vorgelegt werde.

Hiergegen legte der Kläger mit Schriftsatz vom 11.06.2013, vertreten durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft B., und nochmals mit eigenem Schriftsatz vom 02.07.2013 Widerspruch ein. Er fordert die Erteilung eines „unbefristeten“ Bescheids. Er sei seit 1992 im Anlagevermittlungsgewerbe tätig. Er habe Prüfungsberichte im Sinne von § 16 MaBV i.d.F.v. 31.12.2012 (im Folgenden: § 16 MaBV a.F.) für die Kalenderjahre 2006 bis 2011 vorgelegt. Damit erfülle er die Voraussetzungen der „Alte-Hasen-Regelung“ des § 157 Abs. 3 Satz 4, 5 GewO, die die Sachkundeprüfung entbehrlich mache.

Mit Bescheid vom 15.08.2013 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Der im Bescheid enthaltene Hinweis sei zutreffend. Die „Alte-Hasen-Regelung“ setze voraus,

dass eine ununterbrochene Tätigkeit durch Vorlage von Prüfungsberichten gemäß § 16 Abs. 1 MaBV a.F. jeweils bis zum 31.12. des Folgejahres nachgewiesen werde. Für die Jahre 2006 und 2007 lägen nur die im Mai 2013 nachgereichten Prüfberichte vor. Nach der MaBV habe eine Vorlage aber bis spätestens 31.12.2007 bzw. 31.12.2008 erfolgen müssen. Die eng auszulegenden Voraussetzungen des § 157 Abs. 3 Satz 4, 5 GewO seien daher nicht erfüllt. Der Kläger habe daher den Sachkundenachweis zu erbringen. Der Hinweis auf die Ausschlussfrist des § 157 Abs. 3 GewO sei daher zurecht erfolgt.

Am 09.09.2013 hat der Kläger beim Verwaltungsgericht Sigmaringen Klage erhoben. Er ist der Auffassung, in seinem Fall sei ein Sachkundenachweis nach § 157 Abs. 3 Satz 4, 5 GewO entbehrlich. Er sei seit September 2005 nachweislich ununterbrochen selbstständig als Anlagevermittler oder -berater tätig. Alle Prüfberichte ab dem Jahr 2006 lägen vor. Auch seine nachgewiesenen Provisionseinnahmen für den Zeitraum ab September 2005 belegten seine Tätigkeit. Dass ein Nachreichen von Berichten problematisch oder unzulässig sei, sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Insbesondere treffe es nicht zu, dass § 157 Abs. 3 Sätze 4, 5 GewO eng auszulegen sei. Die rein formale Sicht der Beklagten, die lediglich das verspätete Einreichen der Berichte bemängle, sei unzutreffend. So habe etwa das Landratsamt kein Problem gesehen, sondern das lückenlose Vorliegen der notwendigen Unterlagen ausdrücklich bestätigt. Entscheidend sei, dass die „Alte-Hasen-Regelung“ Personen begünstigen solle, die nachweisbar entsprechende Kenntnisse und Erfahrungen hätten. Der Kläger erfülle unzweifelhaft diese Voraussetzungen.

Der Kläger beantragt sachdienlich ausgelegt,

festzustellen, dass die ihm am 11. Juni 2013 durch die Beklagte erteilte Erlaubnis nach § 34f GewO ohne Erbringung eines Sachkundenachweises auch nach dem 01. Januar 2015 wirksam bleibt.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie trägt in Ergänzung ihrer Bescheide vor, Voraussetzung für die Anwendung der „Alten-Hasen-Regelung“ des § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO sei nach § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO die ununterbrochene und lückenlose Vorlage der Prüfungsberichte von 2006 bis 2011. Die Prüfungsberichte für die Jahre 2006 und 2007 seien entgegen § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F., auf den § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO verweise, erst im Mai 2013 nach entsprechendem Hinweis nachgereicht worden. Dies sei unzulässig. Die bloße Vorlage

von Prüfberichten reiche nicht aus. Die Vorlage müsse auch fristgerecht erfolgt sein. Eine Anwendung des nach dem Willen des Gesetzgebers eng auszulegenden Ausnahmetatbestandes des § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO scheidet daher aus.

Dem Gericht liegen die einschlägigen Akten der Beklagten vor. Auf diese sowie auf die Gerichtsakten wird wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Mit Einverständnis der Beteiligten ergeht die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§ 101 Abs. 2 VwGO).

Die Klage ist zulässig und begründet.

Sachdienlich am Begehren des Klägers ausgelegt (§ 88 VwGO) handelt es sich bei der vorliegenden Klage um eine Feststellungsklage. Der Kläger wendet sich gegen den in dem ihn begünstigenden Bescheid vom 11.06.2013 enthaltenen Hinweis, wonach er bis 01.01.2015 einen Sachkundenachweis zu erbringen habe, da die ihm mit dem Bescheid erteilte Erlaubnis ansonsten erlösche. Der angefügte Hinweis hat allerdings keinen eigenen Regelungsgehalt und stellt keine Nebenbestimmung dar. Insbesondere liegt keine Befristung (§ 36 Abs. 2 Nr. 1 LVwVfG) oder Bedingung (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 LVwVfG) vor. Die Beklagte weist lediglich auf die ihrer Ansicht nach eingreifende Folge der gesetzlichen Regelung des § 157 Abs. 3 Satz 2 GewO hin, wonach die Erlaubnis nach § 34f Abs. 1 Satz 1 GewO dann erlischt, wenn der nach § 34f Abs. 2 Nr. 4 GewO erforderliche Sachkundenachweis nicht bis zum 01.01.2015 erbracht wird. Wird die Ausschlussfrist des § 157 Abs. 3 Satz 2 GewO überschritten, so erlischt die zuvor erteilte Erlaubnis automatisch (Landmann/Rohmer, GewO, 64. Erg.lief. 2013, § 157 Rn. 25).

Die Beklagte hat die erteilte Erlaubnis unzutreffend mit dem Hinweis versehen, dass der Kläger bis zum 01.01.2015 einen Sachkundenachweis einzureichen hat. Der Kläger kann sich erfolgreich auf die „Alte-Hasen-Regel“ des § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO stützen.

Ausgangspunkt ist § 34f GewO. Dieser wurde mit Wirkung vom 01.01.2013 durch das Gesetz zur Neuregelung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagerechts eingeführt. Mit ihm wurde die bisherige Regelung zur Erlaubnispflicht für Finanzanlagenvermittler und -berater aus § 34 c Abs. 1 Nr. 2 und 3 GewO i.d.F. bis 31.12.2012 herausgelöst und als eigenständige Erlaubnis verselbstständigt (vgl. Landmann/ Roh-

mer, GewO, 65. Erg.lief. 2013, § 34f Rn. 1). Nach § 34f Abs. 2 Nr. 4 GewO ist die Erteilung einer Erlaubnis zur Tätigkeit als Finanzanlagenvermittler u.a. dann zu versagen, wenn der Antragsteller den nunmehr gemäß der Neuregelung erforderlichen Sachkundenachweis nicht erbringt. Für bereits als Finanzanlagenvermittler tätige Personen sieht die Übergangsregelung des § 157 Abs. 3 Satz 1 GewO vor, dass diese den Sachkundenachweis nicht sofort erbringen müssen. Ihnen wird bis 01.01.2015 eine Frist zum Ablegen der erforderlichen Prüfung eingeräumt. Abweichend hiervon regelt die sog. „Alte-Hasen-Regelung“ des § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO, dass Personen, die seit dem 01.01.2006 ununterbrochen unselbstständig oder selbstständig als Anlagevermittler oder Anlageberater gemäß § 34c Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 GewO in der bis zum 31.12.2012 geltenden Fassung tätig waren, keiner Sachkundeprüfung bedürfen.

Der Kläger war vorliegend unstreitig bereits seit dem 01.01.2006 (und auch davor) als Anlagevermittler tätig. Im Streit steht zwischen den Beteiligten daher lediglich, welche Anforderungen an die Feststellung der nach § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO erforderlichen, langjährigen Tätigkeit zu stellen sind.

Anders als die Beklagte meint, steht § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO der erforderlichen langjährigen Tätigkeit nicht entgegen. Gemäß § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO haben selbstständig tätige Anlagevermittler oder -berater, worunter auch der Kläger fällt, die ununterbrochene Tätigkeit durch Vorlage der erteilten Erlaubnis und die lückenlose Vorlage der Prüfberichte nach § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. nachzuweisen. Dies hat der Kläger getan. Er hat für die Jahre 2006 bis 2011 jeweils Prüfberichte der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft B. vorgelegt.

Unschädlich ist, dass der Bericht für die Jahre 2006 und 2007 nicht innerhalb der Frist des § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. eingereicht worden war. Zwar schrieb § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. vor, dass der Gewerbetreibende auf seine Kosten die Einhaltung der sich aus den §§ 2 bis 14 MaBV ergebenden Verpflichtungen für jedes Kalenderjahr durch einen geeigneten Prüfer prüfen zu lassen und der zuständigen Behörde den Prüfungsbericht bis spätestens zum 31.12. des darauffolgenden Jahres zu übermitteln hatte. Allerdings ergibt die Auslegung von §§ 157 Abs. 3 Satz 4, 5 GewO, 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F., dass das Verstreichen dieser Frist dem Nachweis langjähriger Tätigkeit durch den Kläger nicht entgegensteht.

Weder dem Wortlaut der Sätze 4 und 5 des § 157 Abs. 3 GewO selbst ist eine Frist für die Vorlage der Prüfungsberichte zu entnehmen noch ergibt sich eindeutig, dass durch

die Verweisung auf § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. auch dessen Frist mit einbezogen ist. Insbesondere ist in der Forderung eines „lückenlosen“ Nachweises in § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO keine Frist bestimmt, sondern diese betrifft richtigerweise den Nachweis durchgehender Tätigkeit für die Jahre 2006 bis 2011. Auch die historische Auslegung ist nicht ergiebig. Die Gesetzgebungsmaterialien beschäftigen sich nicht mit § 157 Abs. 3 Satz 4, 5 GewO, da die Regelung relativ spät aufgenommen wurde (vgl. BT-Drs. 17/6051, insbesondere Seite 22). Entscheidend ist daher der Sinn und Zweck der Vorschrift. Weil es sich bei § 157 Abs. 3 Satz 4, 5 GewO um eine Ausnahmeregelung handelt sowie zur Vermeidung der „Gefahr nachträglicher Geschichtsschreibung“ wird in der Literatur vertreten, der Verweis in § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO umfasse auch die Frist des § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. und nachträglich gefertigte Berichte genügte für einen Nachweis nicht (Schönleiter in Landmann/Rohmer, a.a.O., § 157 Rn. 27 sowie Schönleiter, „Frühjahrstagung 2013 des Bund-Länder-Ausschusses Gewerberecht“ in GewArch 2013, 392 [396], juris). Nach anderer Auffassung ist ein Nachreichen von Prüfberichten möglich, allerdings nicht ohne Risiko für die Gewerbetreibenden. Es bestehe die Möglichkeit hoher Zusatzkosten, etwa für die Herstellung des Prüfberichts oder im Hinblick auf ein mögliches Bußgeld wegen einer Ordnungswidrigkeit nach §§ 18 MaBV, 144 Abs. 2 Nr. 6 GewO (Borggreve „Keine Gnade für alte Hasen“ in VW 2012, 1798, juris).

Tatsächlich trifft keine dieser beiden Auffassungen in ihrer Absolutheit zu. § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO spiegelt deutlich wider, dass allein aus einer langjähriger Tätigkeit die ausreichende Sachkunde des Gewerbetreibenden hergeleitet wird. So ist es Gewerbetreibenden, die nicht unter § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO fallen, in vielfältiger Weise möglich, einen entsprechenden Nachweis zu erbringen, etwa durch Provisionsabrechnungen, Einkommenssteuererklärungen bzw. -bescheide, Bestätigungen des Arbeitgebers oder des haftungsgebenden Finanzdienstleistungsunternehmens, Handelsbilanzen usw. (Landmann/Rohmer, a.a.O., § 157, Rn. 35, 36, 39; Glückert, „Das neue Finanzanlagenvermittlerrecht (§ 34f GewO und Finanzanlagenvermittlerverordnung)“ in GewArch 2012, 465 [469], juris). Im Unterschied hierzu hat ein selbstständig tätiger Anlagevermittler oder -berater nach § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO seine langjährige Tätigkeit durch Vorlage der Berichte nach der MaBV a.F. zu belegen. Dieser Nachweis ist grundsätzlich unabhängig davon, wann diese gefertigt wurden. So enthält ein solcher Bericht selbst auch keine Angaben, die die Sachkunde des Gewerbetreibenden betreffen. Vielmehr wird auf der Grundlage von Unterlagen, etwa der Buchführung, überprüft, ob die Sicherungs-, Anzeige-, Aufzeichnungs- und Nachweispflichten nach der MaBV a.F. eingehal-

ten wurden. Gegenstand der Sachkundeprüfung sind dagegen Kenntnisse im Bereich der Kundenberatung (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 FinVermV) sowie fachliche Kenntnisse betreffend Finanzanlagenvermittlung und -beratung, offene und geschlossene Investmentvermögen sowie weitere Vermögensanlagen (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 FinVermV). Daher erweist sich auch ein nachträglich erstellter Bericht nicht als grundsätzlich ungeeignet zum Nachweis langjähriger Tätigkeit.

Allerdings ist auch die erwähnte Problematik „nachträglicher Geschichtsschreibung“ zu berücksichtigen. Zwar kann nicht generell davon ausgegangen werden, dass nachgereichte bzw. insbesondere nachträglich erstellte Prüfberichte einen Nachweis nach § 157 Abs. 3 Satz 4, 5 GewO nicht erbringen können. Denn eine solche Annahme würde implizit unterstellen, dass jedenfalls in einigen Fällen die Prüfer, beispielsweise Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer oder entsprechende Gesellschaften (vgl. § 16 Abs. 3 MaBV a.F.; vgl. auch nunmehr § 24 Abs. 3 FinVermV) nicht ausreichend gewissenhaft arbeiteten und - womöglich vorsätzlich - unzutreffende Prüfberichte vorlegten. Indes bedürfen nachträglich gefertigte Berichte, die gerade ausschließlich dem Nachweis der langjährigen Tätigkeit dienen sollen, kritischerer Betrachtung in Gestalt einer Plausibilitätsprüfung. Hierbei sind Anhaltspunkte, die gegen die erforderliche Berufserfahrung sprechen (etwa die Abgabe einer Negativerklärung nach § 16 Abs. 1 Satz 2 MaBV a.F.), sowie solche, die für eine langjährige Tätigkeit sprechen, einzubeziehen. Im Falle des Klägers bestehen keine Zweifel daran, dass der nachträglich erstellte und eingereichte Prüfbericht für die Jahre 2006 und 2007 einen Zeitraum betrifft, in dem der Kläger tatsächlich als Anlagevermittler tätig war. Dies ergibt sich auch aus den vorgelegten Provisionsabrechnungen, wird aber ohnehin von der Beklagten nicht in Abrede gestellt.

Die Frage, ob und inwiefern der Umstand, dass ein Gewerbetreibender einen Bericht nicht bzw. nicht fristgerecht vorgelegt hat, Zweifel an seiner Zuverlässigkeit zu begründen vermag, ist im Zusammenhang mit dem Nachweis langjähriger Tätigkeit nicht von Belang. Die Frage der Zuverlässigkeit wird gemäß § 34f Abs. 2 Nr. 1 GewO gesondert geprüft. An der Zuverlässigkeit des Klägers hat die Beklagte ausweislich der erteilten Erlaubnis keine Zweifel.

Die Klage ist daher erfolgreich.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Das Gericht macht von der Möglichkeit, das Urteil nach § 167 Abs. 2 VwGO hinsichtlich der Kosten für vorläufig vollstreckbar zu erklären, keinen Gebrauch. Die Berufung war nicht nach § 124 Abs. 1 VwGO zuzulassen, da Gründe des § 124 Abs. 2 Nr. 3 oder Nr. 4 VwGO nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils beim Verwaltungsgericht Sigmaringen schriftlich die Zulassung der Berufung beantragt werden. Der Antrag muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Rechtsmittelschrift muss spätestens am letzten Tag der Frist bei Gericht eingehen.

Bei der Stellung des Zulassungsantrags und vor dem Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Bevollmächtigte im Sinne von § 67 Verwaltungsgerichtsordnung, §§ 3 und 5 Einführungsgesetz zum Rechtsdienstleistungsgesetz vertreten lassen.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg einzureichen (Hausanschrift: Schubertstraße 11, 68165 Mannheim; Postanschrift: Postfach 103264, 68032 Mannheim). Über die Zulassung entscheidet der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg durch Beschluss. Die Berufung ist nur zuzulassen, wenn

1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
2. die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
3. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
4. das Urteil von einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg, des Bundesverwaltungsgerichts, des gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
5. ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Anschriften des Verwaltungsgerichts:

Hausanschrift: Verwaltungsgericht Sigmaringen, Karlstraße 13, 72488 Sigmaringen
Postanschrift: Verwaltungsgericht Sigmaringen, Postfach 16 52, 72486 Sigmaringen.

Dr. Mattes

Fritsch

Baudis