

**Prof. Dr. Wolfgang Däubler**

**RA Lorenz Schwegler**

Universität Bremen

Schwegler Rechtsanwälte

Fachbereich 6

Rechtswissenschaft

Königsallee 60 G

28353 Bremen

40212 Düsseldorf

Tel: 0421 / 218 66081

Tel: 0211 / 300 43 -410

Fax: 0421 / 218 66087

Fax: 0211 / 300 43-499

Mail: [daeubler@uni-bremen.de](mailto:daeubler@uni-bremen.de)

Mail: [schwegler@schwegler-rae.de](mailto:schwegler@schwegler-rae.de)

An das

Bundesverfassungsgericht

Postfach 1771

Karlsruhe

## **Verfassungsbeschwerde**

gegen

§ 34d WpHG, in der Fassung des Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes vom 05.04.2011 (BGBl. I 2011, S. 538 ff.).

Hiermit zeigen wir unter Vollmachtvorlage an, dass wir folgende Beschwerdeführer vertreten:

1. Herr Maik-Uwe B.,
2. Herr Thomas J.
3. Herr Miguel K
4. Herr Edmund W.

Namens und im Auftrag der Beschwerdeführer erheben wir Verfassungsbeschwerde und stellen wir die folgenden

### **Anträge:**

Das Bundesverfassungsgericht möge erkennen:

1. § 34d Abs. 5 WpHG ist mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht i.S.d. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in der Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung insoweit unvereinbar, als er die Verpflichtung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) vorsieht, eine interne Datenbank zu führen, in die alle in § 34d Abs. 1 bis 3 WpHG genannten Mitarbeiter mit den dort vorgeschriebenen Angaben nach § 34d Abs. 1 WpHG aufzunehmen sind.

2. § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG ist mit der Berufsfreiheit i. S. d. Art. 12 Abs. 1 GG insoweit unvereinbar, als er eine Beschäftigungsuntersagung vorsieht, wenn gegen bestimmte Pflichten verstoßen wird.
  
3. § 34d WpHG ist insofern mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, als er Mitarbeiter von Banken und Sparkassen der strengen Aufsicht durch die BaFin unterwirft, während die sog. freien Finanzanlagenvermittler lediglich der weniger intensiven Kontrolle durch die Gewerbeaufsichtsämter unterliegen.

## Inhaltsverzeichnis:

A.	Sachverhalt – zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde	5
B.	Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde.....	15
I.	Grundrechtsfähigkeit.....	16
II.	Beschwerdebefugnis.....	16
1.	Beschwerdegegenstand.....	16
2.	Behauptung einer Grundrechtsverletzung.....	16
3.	Betroffenheit.....	17
III.	Rechtswegerschöpfung.....	18
IV.	Subsidiarität.....	18
V.	Frist.....	20
C.	Begründetheit.....	21
I.	Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.....	22
1.	Schutzbereich.....	22
2.	Eingriff.....	25
3.	Verfassungsmäßige Rechtfertigung.....	26
a)	Legitimer Zweck.....	27
b)	Geeignetheit.....	27
c)	Erforderlichkeit.....	28
d)	Proportionalität.....	30
e)	Ergebnis zu 3.....	33
4.	Ergebnis zu I.....	33
II.	Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG.....	33
1.	Schutzbereich.....	34
2.	Eingriff.....	35
a)	Klassischer Eingriffsbegriff.....	35
b)	Sonstige relevante Beeinträchtigung.....	36
3.	Verfassungsmäßige Rechtfertigung.....	37

a)	Legitimer Zweck.....	39
b)	Geeignetheit.....	39
c)	Erforderlichkeit.....	40
d)	Proportionalität.....	42
e)	Ergebnis zu 3.....	45
4.	Ergebnis zu II.....	45
III.	Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG.....	46
1.	Verschiedenbehandlung.....	46
2.	Rechtfertigung.....	51
3.	Ergebnis zu III.....	54
IV.	Gesamtergebnis.....	54

## **Begründung:**

### **A. Sachverhalt – zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde**

Die vier Beschwerdeführer sind als Anlageberater an unterschiedlichen Standorten in Deutschland bei der C. AG beschäftigt. Herr Maik-Uwe B. (Bf. zu 1) ist als Privatkundenberater in der Filiale Berlin-T., Herr Thomas J. als Berater Private Banking Privat- und Geschäftskunden in der Filiale L. tätig. Herr Miguel K. (Bf. zu 3) hat die Funktion eines Privatkundenberaters in der Filiale Berlin-Friedrichshagen und Herr Edmund W. (Bf. zu 4) die eines Kundenberaters und Filialleiters in der Filiale E.

Durch das Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes vom 05.04.2011\_(BGBl I S. 538) soll den im Zuge der „Lehman-Brothers-Pleite“ und der Finanzmarktkrise zutage getretenen erheblichen Problemen Rechnung getragen und die Qualität der Anlageberatung - nicht zuletzt durch die Regelung des § 34d WpHG – verbessert werden.

Die Arbeitsverhältnisse der Anlageberater werden einer externen Kontrolle durch den Staat unterworfen; sie werden Gegenstand eines rigiden Systems hoheitlicher Eingriffe. So muss die BaFin nach § 34d Abs. 5 WpHG eine Datenbank errichten, in die sämtliche Anlageberater aller in Deutschland tätigen Banken und Sparkassen aufgenommen werden; in gleicher Weise werden die Vertriebsbeauftragten und die Compliance-Beauftragten erfasst.

Schon vor Aufnahme der fraglichen Tätigkeit müssen die Namen der jeweiligen Mitarbeiter sowie ihre Einsatzorte (Filialen) der BaFin mitgeteilt werden. Dies geschieht ohne in der Person liegenden besonderen Anlass; allein die Tätigkeit als solche führt zur Aufnahme in die Datei. Darüber hinaus ist auch jede Beschwerde eines Kunden unter Nennung des Namens des jeweiligen Mitarbeiters der BaFin zu übermitteln, ohne dass irgendwelche ausdrücklichen Anforderungen an den Charakter der Beschwerde gestellt würden. Die Einzelheiten der Mitteilung bestimmen sich nach § 8 WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung vom 21.12.2011 (BGBl I S. 3116 ff).

Ferner gewährt § 34d Abs. 4 Nr. 2 WpHG der BaFin die Möglichkeit, dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen wegen einer vom Berater begangenen Pflichtverletzung zu untersagen, diesen für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren in seiner bisherigen Funktion weiterzubeschäftigen. Dies stellt ein zeitlich befristetes Berufsverbot dar, das angesichts der schnellen Entwicklung auf dem Kapitalmarkt zu einer dauerhaften Benachteiligung des Betroffenen führen kann. Auch besteht die Gefahr einer Kündigung, wenn beim Arbeitgeber keine anderweitige Tätigkeit zur Verfügung steht. Hinzu kommt, dass sich die Betroffenen gegen eine solche Maßnahme zwar durch Einschaltung der Verwaltungsgerichte zur Wehr setzen können, dass jedoch Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 34d Abs. 4 Satz 4 WpHG keine aufschiebende Wirkung haben.

Anlageberatung wird in Deutschland nicht nur von Banken und Sparkassen betrieben, sondern auch von zahlreichen freien Finanzanlagenvermittlern, die traditionellerweise insbesondere auch den sog. grauen Kapitalmarkt abdecken, der mit besonderen Risiken für die Anleger verbunden ist. Auf diese freien Finanzanlagenvermittler und die bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer findet die Regelung des § 34f GewO, die des §34d

WpHG jedoch keine Anwendung. Vielmehr sind allein die Gewerbeaufsichtsämter zuständig, die im Bereich des Kapitalmarkts ansonsten kaum Kompetenzen haben und die deshalb anders als die BaFin über keine Erfahrungen und dadurch gewonnene Spezialkenntnisse verfügen. Interventionsmöglichkeiten gegenüber den einzelnen Beschäftigten fehlen. Nach § 19 FinVermV liegt die Verantwortung für die Erfüllung ihrer Pflichten ausschließlich beim Gewerbetreibenden – also dem Arbeitgeber – selbst. Bei schweren Verstößen droht als einzige Sanktionsmöglichkeit die Gewerbeuntersagung gemäß § 35 GewO, die jedoch ausschließlich gegenüber dem Inhaber oder mit der Leitung des Gewerbebetriebs betrauten Personen ausgesprochen werden kann. Des Weiteren gibt es keine zentrale Datenbank, die in der Konzeption und im Umfang mit der von § 34d WpHG vorgeschriebenen vergleichbar wäre. Vielmehr existiert nach § 11a GewO ein „Vermittlerregister“ der jeweiligen Industrie- und Handelskammer (Registerbehörde). Zweck dieses Registers ist es gemäß § 11a Satz 3 GewO, „insbesondere der Allgemeinheit, vor allem Versicherungsnehmern und Versicherungsunternehmen, die Überprüfung der Zulassung sowie des Umfangs der zugelassenen Tätigkeit der Eintragungspflichtigen zu ermöglichen“.

Jedenfalls aus der Sicht der zu schützenden Anleger stellt dies eine Ungleichbehandlung dar, für die keinerlei Gründe ersichtlich sind.

Aus Gründen der leichteren Nachvollziehbarkeit seien § 34d WpHG und § 34f GewO hier im Wortlaut wiedergegeben.

### **§ 34d WpHG Einsatz von Mitarbeitern in der Anlageberatung, als Vertriebsbeauftragte oder als Compliance-Beauftragte**

(1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen darf einen Mitarbeiter nur dann mit der Anlageberatung betrauen, wenn dieser sachkundig ist und über die für die Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit verfügt. Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss der Bundesanstalt

1. den Mitarbeiter und,

2. sofern das Wertpapierdienstleistungsunternehmen über Vertriebsbeauftragte im Sinne des Absatzes 2 verfügt, den auf Grund der Organisation des Wertpapierdienstleistungsunternehmens für den Mitarbeiter unmittelbar zuständigen Vertriebsbeauftragten anzeigen, bevor der Mitarbeiter die Tätigkeit nach Satz 1 aufnimmt. Ändern sich die von dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach Satz 2 angezeigten Verhältnisse, sind die neuen Verhältnisse unverzüglich der Bundesanstalt anzuzeigen. Ferner sind der Bundesanstalt, wenn auf Grund der Tätigkeit des Mitarbeiters eine oder mehrere Beschwerden im Sinne des § 33 Absatz 1 Satz 2 Nummer 4 gegenüber dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen erhoben werden,

1. jede Beschwerde,

2. der Name des Mitarbeiters, auf Grund dessen Tätigkeit die Beschwerde erhoben wird, sowie,

3. sofern das Wertpapierdienstleistungsunternehmen mehrere Zweigstellen, Zweigniederlassungen oder sonstige Organisationseinheiten hat, die Zweigstelle, Zweigniederlassung oder Organisationseinheit, welcher der Mitarbeiter zugeordnet ist oder für welche er überwiegend oder in der Regel die nach Satz 1 anzuzeigende Tätigkeit ausübt, anzuzeigen.

(2) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen darf einen Mitarbeiter mit der Ausgestaltung, Umsetzung oder Überwachung von Vertriebsvorgaben im Sinne des § 33 Absatz 1 Satz 2 Nummer 3a

nur dann betrauen (Vertriebsbeauftragter), wenn dieser sachkundig ist und über die für die Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit verfügt. Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss der Bundesanstalt den Mitarbeiter anzeigen, bevor dieser die Tätigkeit nach Satz 1 aufnimmt. Ändern sich die von dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach Satz 2 angezeigten Verhältnisse, sind die neuen Verhältnisse unverzüglich der Bundesanstalt anzuzeigen.

(3) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen darf einen Mitarbeiter nur dann mit der Verantwortlichkeit für die Compliance-Funktion im Sinne des § 33 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 und für die Berichte an die Geschäftsleitung nach § 33 Absatz 1 Satz 2 Nummer 5 betrauen (Compliance-Beauftragter), wenn dieser sachkundig ist und über die für die Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit verfügt. Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss der Bundesanstalt den Mitarbeiter anzeigen, bevor der Mitarbeiter die Tätigkeit nach Satz 1 aufnimmt. Ändern sich die von dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach Satz 2 angezeigten Verhältnisse, sind die neuen Verhältnisse unverzüglich der Bundesanstalt anzuzeigen.

(4) Liegen Tatsachen vor, aus denen sich ergibt, dass ein Mitarbeiter 1. nicht oder nicht mehr die Anforderungen nach Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 Satz 1 oder Absatz 3 Satz 1 erfüllt, kann die Bundesanstalt unbeschadet ihrer Befugnisse nach § 4 dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen untersagen, den Mitarbeiter in der angezeigten Tätigkeit einzusetzen, solange dieser die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt, oder

2. gegen Bestimmungen dieses Abschnittes verstoßen hat, deren Einhaltung bei der Durchführung seiner Tätigkeit zu beachten sind, kann die Bundesanstalt unbeschadet ihrer Befugnisse nach § 4

a) das Wertpapierdienstleistungsunternehmen und den Mitarbeiter verwarnen oder

b) dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen für eine Dauer von bis zu zwei Jahren untersagen, den Mitarbeiter in der angezeigten Tätigkeit einzusetzen.

Die Bundesanstalt kann unanfechtbar gewordene Anordnungen im Sinne des Satzes 1 auf ihrer Internetseite öffentlich bekannt machen, es sei denn, diese Veröffentlichung wäre geeignet, den berechtigten Interessen des Unternehmens zu schaden. Die öffentliche Bekanntmachung nach Satz 2 hat ohne Nennung des Namens des betroffenen Mitarbeiters zu erfolgen. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen nach Satz 1 haben keine aufschiebende Wirkung.

(5) Die Bundesanstalt führt über die nach den Absätzen 1 bis 3 anzuzeigenden Mitarbeiter sowie die ihnen zugeordneten Beschwerdeanzeigen nach Absatz 1 und die Anordnungen nach Absatz 4 eine interne Datenbank.

(6) Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, die näheren Anforderungen an

1. den Inhalt, die Art, die Sprache, den Umfang und die Form der Anzeigen nach den Absätzen 1, 2 oder 3,

2. die Sachkunde und die Zuverlässigkeit nach Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 Satz 1 und Absatz 3 Satz 1 sowie

3. den Inhalt der Datenbank nach Absatz 5 und die Dauer der Speicherung der Einträge

einschließlich des jeweiligen Verfahrens regeln. In der Rechtsverordnung nach Satz 1 kann insbesondere bestimmt werden, dass dem jeweiligen Wertpapierdienstleistungsunternehmen ein schreibender Zugriff auf die für das Unternehmen einzurichtenden Einträge in die Datenbank nach Absatz 5 eingeräumt und ihm die Verantwortlichkeit für die Richtigkeit und Aktualität dieser Einträge übertragen wird. Das Bundesministerium der Finanzen kann die Ermächtigung durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates auf die Bundesanstalt übertragen.

### **§ 34f GewO Finanzanlagenvermittler**

(1) <sup>1</sup>Wer im Umfang der Bereichsausnahme des § 2 Absatz 6 Satz 1 Nummer 8 des Kreditwesengesetzes gewerbsmäßig zu

1. Anteilscheinen einer Kapitalanlagegesellschaft oder Investmentaktiengesellschaft oder von ausländischen Investmentanteilen, die im Geltungsbereich des Investmentgesetzes öffentlich vertrieben werden dürfen,

2. Anteilen an geschlossenen Fonds in Form einer Kommanditgesellschaft,

3. sonstigen Vermögensanlagen im Sinne des § 1 Absatz 2 des Vermögensanlagegesetzes

Anlageberatung im Sinne des § 1 Absatz 1a Nummer 1a des Kreditwesengesetzes erbringen oder den Abschluss von Verträgen über den Erwerb solcher Finanzanlagen vermitteln will (Finanzanlagenvermittler), bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde. <sup>2</sup>Die Erlaubnis kann inhaltlich beschränkt oder mit Auflagen verbunden werden, soweit dies zum Schutz der Allgemeinheit oder der Anleger erforderlich ist; unter denselben Voraussetzungen sind auch die nachträgliche Aufnahme, Änderung und Ergänzung von Auflagen zulässig. <sup>3</sup>Die Erlaubnis nach Satz 1 kann auf die

Anlageberatung zu und die Vermittlung von Verträgen über den Erwerb von einzelnen Kategorien von Finanzanlagen nach Nummer 1, 2 oder 3 beschränkt werden.

(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn

1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller oder eine der mit der Leitung des Betriebs oder einer Zweigniederlassung beauftragten Personen die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt; die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt in der Regel nicht, wer in den letzten fünf Jahren vor Stellung des Antrags wegen eines Verbrechens oder wegen Diebstahls, Unterschlagung, Erpressung, Betrugs, Untreue, Geldwäsche, Urkundenfälschung, Hehlerei, Wuchers oder einer Insolvenzstraftat rechtskräftig verurteilt worden ist,
2. der Antragsteller in ungeordneten Vermögensverhältnissen lebt; dies ist in der Regel der Fall, wenn über das Vermögen des Antragstellers das Insolvenzverfahren eröffnet worden oder er in das vom Insolvenzgericht oder vom Vollstreckungsgericht zu führende Verzeichnis (§ 26 Absatz 2 der Insolvenzordnung, § 915 der Zivilprozessordnung) eingetragen ist,
3. der Antragsteller den Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung nicht erbringen kann oder
4. der Antragsteller nicht durch eine vor der Industrie- und Handelskammer erfolgreich abgelegte Prüfung nachweist, dass er die für die Vermittlung von und Beratung über Finanzanlagen im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 notwendige Sachkunde über die fachlichen und rechtlichen Grundlagen sowie über die Kundenberatung besitzt; die Sachkunde ist dabei im Umfang der beantragten Erlaubnis nachzuweisen.

(3) Keiner Erlaubnis nach Absatz 1 bedürfen

1. Kreditinstitute, für die eine Erlaubnis nach § 32 Absatz 1 des Kreditwesengesetzes erteilt wurde, und Zweigstellen von Unternehmen im Sinne des § 53b Absatz 1 Satz 1 des Kreditwesengesetzes,
2. Kapitalanlagegesellschaften, für die eine Erlaubnis nach § 7 Absatz 1 des Investmentgesetzes erteilt wurde, und Zweigniederlassungen von Unternehmen im Sinne des § 13 Absatz 1 Satz 1 des Investmentgesetzes,
3. Finanzdienstleistungsinstitute in Bezug auf Vermittlungstätigkeiten oder Anlageberatung, für die ihnen eine Erlaubnis nach § 32 Absatz 1 des Kreditwesengesetzes erteilt wurde oder für die eine Erlaubnis nach § 64e Absatz 2, § 64i Absatz 1, § 64m oder § 64n des Kreditwesengesetzes als erteilt gilt,
4. Gewerbetreibende in Bezug auf Vermittlungs- und Beratungstätigkeiten nach Maßgabe des § 2 Absatz 10 Satz 1 des Kreditwesengesetzes.

(4) <sup>1</sup>Gewerbetreibende nach Absatz 1 dürfen direkt bei der Beratung und Vermittlung mitwirkende Personen nur beschäftigen, wenn sie sicherstellen, dass diese Personen über einen Sachkundenachweis nach Absatz 2 Nummer 4 verfügen und geprüft haben, ob sie zuverlässig sind. <sup>2</sup>Die Beschäftigung einer direkt bei der Beratung und Vermittlung mitwirkenden Person kann dem Gewerbetreibenden untersagt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person die für ihre Tätigkeit erforderliche Sachkunde oder Zuverlässigkeit nicht besitzt.

(5) Gewerbetreibende nach Absatz 1 sind verpflichtet, sich unverzüglich nach Aufnahme ihrer Tätigkeit über die für die Erlaubniserteilung zuständige Behörde entsprechend dem Umfang der Erlaubnis in das Register nach § 11a Absatz 1 eintragen zu

lassen; ebenso sind Änderungen der im Register gespeicherten Angaben der Registerbehörde unverzüglich mitzuteilen.

(6) <sup>1</sup>Gewerbetreibende nach Absatz 1 haben die unmittelbar bei der Beratung und Vermittlung mitwirkenden Personen im Sinne des Absatzes 4 unverzüglich nach Aufnahme ihrer Tätigkeit bei der Registerbehörde zu melden und eintragen zu lassen. <sup>2</sup>Änderungen der im Register gespeicherten Angaben sind der Registerbehörde unverzüglich mitzuteilen.

## **B. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde**

Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer ist zulässig.

### **I. Grundrechtsfähigkeit**

Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG kann jedermann, d.h. jeder Träger von Grundrechten, Verfassungsbeschwerde erheben. Dazu zählen auch die Bf.

### **II. Beschwerdebefugnis**

Weiterhin müssten die Anlageberater beschwerdebefugt sein. Dazu müssten sie nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG behaupten, durch die öffentliche Gewalt in ihren Grundrechten verletzt zu sein.

#### **1. Beschwerdegegenstand**

Als Beschwerdegegenstand kommt gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der deutschen öffentlichen Gewalt in Betracht. Dazu gehört auch die Gesetzgebung.

## **2. Behauptung einer Grundrechtsverletzung**

Die Beschwerdeführer machen geltend, durch die Vorschrift des § 34d WpHG in ihren Grundrechten verletzt zu sein.

Die Bf. rügen eine Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts i.S.d. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, das hier in der konkreten Form des informationellen Selbstbestimmungsrechts betroffen ist. Außerdem machen sie eine Verletzung ihrer Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG sowie eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG zu ihren Lasten geltend.

## **3. Betroffenheit**

Die Beschwerdeführer müssen ferner durch die Vorschrift des § 34d WpHG selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

Selbst betroffen ist grundsätzlich derjenige, der zum Adressatenkreis der Norm gehört. Die Bf. sind als Mitarbeiter eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens Adressaten von § 34d Abs.

5 WpHG, da sie in die von der BaFin zu führende Datenbank aufgenommen werden müssen.

Bei § 34d Abs. 4 Nr. 2 WpHG sind die Mitarbeiter selbst nicht Adressaten der Norm; vielmehr richtet sich die Vorschrift ausschließlich an die Wertpapierdienstleistungsunternehmen als solche. Von Rechtsnormen kann jedoch auch ein Nichtadressat betroffen sein, wenn die Norm sich ihm gegenüber als eine mittelbare Beeinträchtigung auch seiner Grundrechte darstellt. Dies ist hier der Fall, da die „Zwischenschaltung“ des Arbeitgebers nichts am Vorliegen eines Eingriffs und damit einer (mittelbaren) Grundrechtsbeeinträchtigung ändert.

Gegenwärtige Betroffenheit liegt vor, wenn die Beschwerdeführer schon und noch betroffen sind, was nicht rein zeitlich zu verstehen ist. Die Rechtswirkungen des Gesetzes müssen bereits eingetreten und dürfen nicht nur virtuell vorhanden sein. Nachdem § 34d Abs. 1 bis 5 WpHG am 01.11.2012<sup>1</sup> in Kraft getreten ist, entfaltet er seine Belastungswirkungen für die Bf: Die auf sie bezogene Datenbank ist angelegt, sie müssen damit rechnen, bei einer denkbaren Pflichtverletzung mit einem Berufsverbot von bis zu zwei Jahren belegt zu werden. Dies beeinträchtigt ihre grundrechtliche Position auch dann, wenn ein solcher Fall noch nicht konkret eingetreten ist.

Unmittelbare Betroffenheit setzt voraus, dass kein weiterer Vollzugsakt erforderlich ist. Bereits durch das Gesetz selbst sind die Bf. in ihren Grundrechten beeinträchtigt.

---

<sup>1</sup> Siehe Art. 9 IV des Anleger- und Funktionsverbesserungsgesetzes, BGBl. I 2011, S. 538 (548).

### **III. Rechtswegerschöpfung**

Die Verfassungsbeschwerde kann gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG erst nach Erschöpfung des Rechtsweges erhoben werden. Gegen das hier angegriffene Gesetz steht kein Rechtsweg offen. Deshalb steht § 90 Abs. 2 BVerfGG der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen.

### **IV. Subsidiarität**

Der in § 90 Abs. 2 BVerfGG zum Ausdruck kommende Grundsatz der Subsidiarität verlangt jedoch weiter, dass die Beschwerdeführer über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus von allen ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten Gebrauch machen, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung mit Hilfe der Fachgerichte zu erreichen. Diese können ggf. zu einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG veranlasst werden. In diesem Zusammenhang ist es für das Bundesverfassungsgericht von wesentlicher Bedeutung, ob durch ein fachgerichtliches Verfahren eine Konkretisierung des Normengehaltes zu erwarten ist, die dem Bundesverfassungsgericht die verfassungsrechtliche Beurteilung erleichtern würde. Dies ist im Rahmen des § 34d WpHG nicht ersichtlich, da dieser in Bezug auf die hier relevanten Fragen keine konkretisierungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffe enthält. Soweit es insbesondere um (hier nicht näher interessierende) Fragen der Zuverlässigkeit und der Sachkunde geht, sind die notwendigen Konkretisierungen durch die WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung vom 21.12.2011 (BGBl I S.

3116 ff.) erfolgt. Eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, wonach die Speicherung der Daten der Bf. Unzulässig sei und überdies gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße, würde – ihre Zulässigkeit unterstellt – ersichtlich weder zu neuen Tatsachenerkenntnissen noch zu einer zusätzlichen Verdeutlichung des rechtlichen Inhalts der angegriffenen Regelung führen.

Im Übrigen kann den Beschwerdeführern nicht zugemutet werden, vor der Einlegung der Verfassungsbeschwerde zunächst die im Gesetz vorgesehenen Sanktionen auszulösen, um diese dann vor den zuständigen Gerichten anzugreifen. Dies würde bedeuten, dass sie bewusst einen Regelverstoß begehen, der dann zu einem Eingreifen der BaFin führen müsste. Die in einem solchen Fall drohende berufliche Beschränkung ist dem einzelnen Bf. nicht zumutbar. Außerdem kann sie schon deshalb nicht als ernsthaft in Betracht kommendes Vorgehen angesehen werden, weil auf diese Weise automatisch zumindest ein Kunde der jeweiligen Bankfiliale geschädigt würde.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Klärung der hier angesprochenen Fragen einen Personenkreis von rund 300.000 bei Banken und Sparkassen tätigen Beratern betrifft. Aus dem Rechtsgedanken des § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG ist daher eine umgehende Entscheidung geboten. Nur sie schafft die im allgemeinen Interesse liegende Klarheit.

Dementsprechend steht der Grundsatz der Subsidiarität der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen.

## **v. Frist**

Die Frist für Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze beträgt gemäß § 93 Abs. 3 BVerfGG ein Jahr. Sie beginnt mit Inkrafttreten des Gesetzes.

Nach Art. 9 Abs. 4 des Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetzes ist § 34d Abs. 1 bis 5 WpHG am 01.11.2012 in Kraft getreten. Die Frist des § 93 Abs. 3 BVerfGG ist daher gewahrt.

## **C. Begründetheit**

Die Rechtssatzverfassungsbeschwerde ist begründet. Die Beschwerdeführer sind durch § 34d WpHG in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

### **I. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG**

Durch das in § 34d Abs. 5 WpHG normierte Führen einer internen Datenbank durch die BaFin, die alle Personen, die als Kundenberater, Vertriebsbeauftragte oder Compliance-Beauftragte tätig sind, mit Namen und konkreter Funktion erfasst, könnte ein Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG vorliegen.

#### **1. Schutzbereich**

Der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG müsste eröffnet sein.

Im Mittelpunkt der grundgesetzlichen Ordnung stehen nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts<sup>2</sup> Wert und Würde der Person, die in freier Selbstbestimmung als Glied einer freien Gesellschaft wirkt. Ihrem Schutz dient das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht, das gerade auch im Hinblick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit Bedeutung gewinnen kann. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst – über die früheren Konkretisierungen durch die Rechtsprechung hinaus – auch die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden; es schützt die persönlichen Belange, die nicht durch besondere Grundrechte erfasst sind.<sup>3</sup>

Mangels Speicherung von personenbezogenen Telekommunikationsverkehrsdaten kommt als ein solches vorrangiges besonderes Grundrecht in Abgrenzung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht Art. 10 Abs. 1 GG nicht in Betracht.

| Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.<sup>4</sup> Der Schutzbereich des

---

<sup>2</sup> BVerfGE 65, 1 ff.

<sup>3</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>4</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beschränkt sich nicht auf Informationen, die bereits ihrer Art nach sensibel sind und schon deshalb grundrechtlich geschützt werden. Es gibt angesichts der Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten kein schlechthin, also ungeachtet des Verwendungskontextes, belangloses personenbezogenes Datum.<sup>5</sup>

§ 34d Abs. 5 WpHG normiert, dass bei der BaFin eine interne Datenbank anzulegen ist, in der alle Personen, die als Kundenberater, Vertriebsbeauftragte oder Compliance-Beauftragte tätig sind, mit Namen und konkreter Funktion erfasst und gespeichert werden. Die persönlichen Daten werden in einer Datenbank gespeichert, deren Inhalt gemäß § 34d Abs. 6 Nr. 3 WpHG in der WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung vom 21.12.2011 geregelt ist und zwar dort in § 9 (Inhalt der Datenbank). Diese Vorschrift lautet:

„(1) Die Angaben aus den Anzeigen nach § 8 werden automatisiert in der Datenbank nach § 34d Absatz 5 des Wertpapierhandelsgesetzes gespeichert.

(2) In der Datenbank werden außerdem folgende Angaben gespeichert:

1. eine eindeutige, von der Bundesanstalt vergebene alphanumerische Kennnummer für jeden angezeigten Mitarbeiter, die dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach Erstattung der Erstanzeige mitgeteilt wird,

---

<sup>5</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1 (45).

2. die Firma, die Rechtsform und der Sitz (Straße, Hausnummer, Postleitzahl, Ort, Sitzstaat) des anzeigenden Wertpapierdienstleistungsunternehmens,
3. der Tag, an dem die Anzeige über den Beginn der angezeigten Tätigkeit bei der Bundesanstalt eingegangen ist,
4. der Tag, an dem die Anzeige über die Beendigung der angezeigten Tätigkeit bei der Bundesanstalt eingegangen ist,
5. der Tag, an dem Angaben über den Beginn oder das Ende der angezeigten Tätigkeit abgeändert oder berichtigt worden sind,
6. der angezeigte Zeitpunkt des Beginns oder der Beendigung der angezeigten Tätigkeit auch dann, wenn diese Daten nachträglich abgeändert oder berichtigt worden sind,
7. Anordnungen nach § 34d Absatz 4 des Wertpapierhandelsgesetzes, die gegenüber dem Mitarbeiter oder aufgrund des Mitarbeiters gegen das Wertpapierdienstleistungsunternehmen ergangen sind, und,
8. sofern der Mitarbeiter in den letzten fünf Jahren bereits für das gleiche oder ein anderes Wertpapierdienstleistungsunternehmen tätig war,
  1. den Zeitpunkt des Beginns und der Beendigung der seinerzeit angezeigten Tätigkeit auch dann, wenn diese Daten nachträglich abgeändert oder berichtigt worden sind,
  2. das Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das die Tätigkeit seinerzeit angezeigt hat, und

3. die nach § 8 Absatz 4 angezeigten Beschwerden, die diese frühere Tätigkeit betrafen.“

Unter den Schutz der informationellen Selbstbestimmung fallen auch die in der Datenbank gespeicherten personenbezogenen Informationen der Kundenberater, Vertriebsbeauftragten und Compliance-Beauftragten im Sinne des § 34d Abs. 5 WpHG. In Anbetracht dessen ist der Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eröffnet.

## 2. Eingriff

Die gesetzliche Anordnung in § 34d Abs. 5 WpHG bestimmte personenbezogene Daten aller Personen, die als Kundenberater, Vertriebsbeauftragte oder Compliance-Beauftragte Tätig sind, in einer internen Datenbank zu speichern, beeinträchtigt die Beschwerdeführer in ihrer grundrechtlich geschützten Freiheit aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

§ 34d V WpHG verkürzt durch das angeordnete Führen einer Datenbank durch die BaFin die grundrechtlich gewährleistete Handlungsfreiheit. Demnach liegt ein Eingriff im klassischen Sinne vor. Er ist bereits vollzogen worden.

## 3. Rechtfertigung?

Fraglich ist, ob dieser Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

§ 34d Abs. 5 WpHG müsste zunächst vom Gesetzesvorbehalt gedeckt sein.

Das Bundesverfassungsgericht<sup>6</sup> hat betont, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht schrankenlos gewährleistet ist. Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über „seine“ Daten. Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann. Grundsätzlich muss daher der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen. Der Gesetzgeber hat bei seinen Regelungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.<sup>7</sup> Aus dem Gewicht der geschützten Persönlichkeitsinteressen ergeben sich strengere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit.

Fraglich ist also, ob § 34d Abs. 5 WpHG einem legitimen Zweck dient und insoweit die Prinzipien der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit i. e. S. beachtet.

### **a) Legitimer Zweck**

Der Schutz der Anleger und die Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes stellen den legitimen Zweck des § 34d Abs. 5

<sup>6</sup> BVerfGE 65, 1 ff.

<sup>7</sup> BVerfGE 65, 1 (45 ff.).

WpHG dar. Die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts soll durch sachgerechte Beratung (durch sachkundige und zuverlässige Menschen) verbessert werden. Ein solcher konkreter Zweck ist legitim. In der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung heisst es dazu, „die Änderungen dieses Gesetzes stärken den öffentlichen Anlegerschutz und verbessern die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte. Dies trägt dazu bei, das Vertrauen der Anleger zurückzugewinnen und damit den Finanzplatz Deutschland zu stärken“.<sup>8</sup>

## **b) Geeignetheit**

Eignung ist gegeben, wenn die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass der angestrebte Erfolg eintritt, wenn der Erfolg also gefördert werden kann.<sup>9</sup>

Das in § 34d Abs. 5 WpHG normierte Führen einer internen Datenbank durch die BaFin über alle Personen, die als Kundenberater, Vertriebsbeauftragte oder Compliance-Beauftragte tätig sind, kann die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass Anleger besser geschützt sind und die Kapitalmärkte reibungsloser funktionieren

## **c) Erforderlichkeit**

Die Erforderlichkeit ist gegeben, wenn kein mildereres, aber gleich wirksames Mittel zur Verfügung steht.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Siehe RegE, BT-Drucks. 17/3628, S. 1 (17).

<sup>9</sup> BVerfGE 30, 292 (316).

<sup>10</sup> BVerfGE 100, 313 (375).

Ein solches ist ersichtlich vorhanden. Es besteht darin, lediglich die gegen einzelne Berater, Vertriebsbeauftragte und Compliance-Beauftragte gerichteten Beschwerde zu speichern.

Der Zweck der Datenbank, die Anleger zu schützen und die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes zu verbessern, würde auch dann erreicht, wenn man nur diejenigen erfassen würde, gegen die „etwas vorliegt“. Dies können alle jene Personen sein, gegen die eine Beschwerde erhoben wurde. Dabei liegt es im Ermessen des Gesetzgebers, alle Beschwerden ohne Rücksicht auf ihre sachliche Rechtfertigung zu erfassen oder lediglich diejenigen einzubeziehen, die mit vertretbarer Begründung das Verhalten der fraglichen Person kritisieren und ihr eine Pflichtverletzung vorwerfen. Auf diese Weise würde erkennbar, welcher Mitarbeiter über einen einmaligen Vorfall hinaus durch „Unregelmäßigkeiten“ auffällt, was eine intensivierete Aufsicht und ggf. weitergehende Maßnahmen zur Folge haben könnte. Den gesamten betroffenen Personenkreis der Berater, Vertriebsbeauftragten und Compliance-Beauftragten zu erfassen, läuft auf eine anlasslose Speicherung ihrer Daten hinaus. Die große Mehrheit aller Berater, Vertriebsbeauftragten und Compliance-Beauftragten lässt sich keine Pflichtverletzung zuschulden kommen und wird dies auch in Zukunft nicht tun. Sie dennoch mit eingehenden Angaben in die Datenbank aufzunehmen, kommt einer Vorratsdatenspeicherung gleich. Deren sehr hohe Anforderungen sind im vorliegenden Fall ersichtlich nicht erfüllt. Insoweit sei auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verwiesen (BVerfG NJW 2010, 833, 837 ff.).

#### **d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

Schließlich wäre die Regelung des § 34d Abs. 5 WpHG auch nicht verhältnismäßig, wenn man – ihre Erforderlichkeit einmal unterstellt - die auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander abwägt: Es ergibt sich eine unzumutbare Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Verhältnis zu den verfolgten Zwecken des Anlegerschutzes und der Verlässlichkeit des Kapitalmarkts.

Der erfasste Personenkreis nimmt im Erbringen der „Wertpapierdienstleistung“ eine wichtige Position ein. Der Schutz der Anleger ist ein hohes Gut, dessen Wahrung in erheblichem Umfang vom Verhalten der Berater abhängt. Auf der anderen Seite steht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Berater und der übrigen Betroffenen, das sich erhebliche Eingriffe gefallen lassen muss:

Allein ihre Tätigkeit als solche führt zur Aufnahme in die Datenbank. Durch diese anlasslose Speicherung werden alle Mitarbeiter unter Generalverdacht gestellt. Sie finden sich mit den Angaben zu ihrer Person in einem „Register“ wieder, das den Zweck hat, Personen zu erfassen, die erhebliche Pflichtverletzungen oder gar strafbare Handlungen begangen haben. Ein fiktiver Vergleichsfall wäre die Etablierung eines „Strafregisters“, in das jedes Ermittlungsverfahren und jede Verurteilung eingetragen wird, in das allerdings nicht nur die dadurch Betroffenen, sondern alle Angehörigen bestimmter Berufsstände mit „Strafbarkeitsrisiko“ (z. B. alle Selbständigen oder alle Freiberufler) eingetragen werden. Eine solche Regelung würde ersichtlich auf keinerlei Verständnis stoßen und allgemein als Überregulierung abgelehnt. Darauf läuft aber die Regelung des § 34d Abs. 5 WpHG hinaus.

Der neue Aufsichtsansatz, mit dem alle Mitarbeiter persönlich in den Aufsichtsfokus der BaFin gerückt werden,<sup>11</sup> führt zu einer nicht zu akzeptierenden „Vorratsdatenspeicherung“ und darüber hinaus zu einem verzerrenden Persönlichkeitsprofil der einzelnen Mitarbeiter bis hin zu einer über das Ziel des Anlegerschutzes hinausschießenden „Abstempelung“ bzw. „Prangerwirkung“. Daran vermag die Tatsache wenig zu ändern, dass § 11 WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung die Speicherung der Eintragungen „nur“ für einen Zeitraum von fünf Jahren zulässt, der mit Ablauf des Jahres beginnt, in dem die Tätigkeit für das anzeigende Wertpapierdienstleistungsunternehmen beendet worden ist. Ganz im Gegenteil, ein solch langer Zeitraum erhöht das Risiko beträchtlich, weiteren Ermittlungen ausgesetzt zu werden und ruft in besonderem Maße ein „diffus bedrohliches Gefühl des Beobachtetseins“ hervor, das eine unbefangene Wahrnehmung der Grundrechte in vielen Bereichen beeinträchtigen kann.<sup>12</sup> Dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland.<sup>13</sup>

Hinzu kommt eine weitere Erwägung. Die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung<sup>14</sup> macht deutlich, dass der Datenbank eine psychologische Komponente immanent ist: Angesichts der vor Augen geführter Kontrollmöglichkeiten sollen die Berater zu einem korrekten Verhalten veranlasst werden. Ein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht darf allerdings nur im

---

<sup>11</sup> So explizit die amtliche Begründung zum Gesetzentwurf, RegE, BT-Drucks. 17/3628, S. 1 (23).

<sup>12</sup> So BVerfGE 125, 260 (320) in Bezug auf die Vorratsdatenspeicherung.

<sup>13</sup> BVerfGE 125, 260 (324).

<sup>14</sup> Siehe RegE, BT-Drucks. 17/3628, S. 1 (23 f.).

überwiegenden öffentlichen Interesse erfolgen und nicht zu Disziplinierungszwecken, die keine Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu rechtfertigen vermögen.<sup>15</sup>

Demnach verletzt § 34d Abs. 5 WpHG das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Abwägung zum Anlegerschutz in nicht hinnehmbarem Maße. Die Regelung des § 34d Abs. 5 WpHG verstößt nicht nur gegen das Prinzip der Erforderlichkeit, sondern auch gegen das der Proportionalität.

### **e) Ergebnis zu 3.**

Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch § 34d Abs. 5 WpHG ist damit verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

## **4. Ergebnis zu I.**

§ 34d Abs. 5 WpHG greift in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführer aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein und verletzt deren Grundrechte.

---

<sup>15</sup> BVerfGE 65, 1 (45 ff.).

Die Verfassungsbeschwerde ist somit begründet.

## **II. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG**

Die durch § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG für die BaFin geschaffene Möglichkeit, bei Verletzung gesetzlicher Pflichten ein Berufsausübungsverbot zu verhängen, könnte weiter einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG darstellen.

### **1. Schutzbereich**

Erste Voraussetzung ist, dass der Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet ist.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit die Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung.<sup>16</sup> Dabei ist unter „Beruf“ jede auf eine gewisse Dauer angelegte Betätigung zu verstehen, die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient; hierunter fallen gleichermaßen selbständige wie unselbständige Tätigkeiten.<sup>17</sup>

Die Tätigkeit als Anlageberater eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens ist in aller Regel auf Dauer angelegt und dient der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage. Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG garantiert außer der

<sup>16</sup> BVerfGE 7, 377 (401 f.).

<sup>17</sup> BVerfGE 7, 377 (397).

freien Wahl des Berufes auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes. Letztere betrifft nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts<sup>18</sup> die Entscheidung, an welcher Stelle der Einzelne dem gewählten Beruf nachgehen möchte. Dabei ist der Begriff nicht allein oder auch nur in erster Linie räumlich zu verstehen. Bei der Wahl des Arbeitsplatzes geht es vielmehr um die Entscheidung für eine konkrete Betätigungsmöglichkeit oder ein bestimmtes Arbeitsverhältnis. Grundrechtlich geschützt ist der Entschluss des Einzelnen, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen. Ebenso wie die freie Berufswahl sich nicht in der Entscheidung zur Aufnahme eines Berufes erschöpft, sondern auch dessen Fortsetzung und Beendigung umfasst, bezieht sich die freie Arbeitsplatzwahl neben der Entscheidung für eine konkrete Beschäftigung auch darauf, diese beizubehalten oder aufzugeben. Das Grundrecht entfaltet seinen Schutz demnach gegen alle staatlichen Maßnahmen, die diese Wahlfreiheit beschränken.<sup>19</sup> Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist daher durch die angegriffene Regelung eröffnet.

## **2. Eingriff**

§ 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG müsste die Beschwerdeführer in ihrer Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG beeinträchtigen.

### **a) Klassischer Eingriffsbegriff**

---

<sup>18</sup> BVerfGE 84, 133 ff.

<sup>19</sup> BVerfGE 84, 133 (146 f.).

Zu den relevanten Beeinträchtigungen gehören insbesondere sog. klassische Grundrechtseingriffe, also unmittelbare, rechtliche Ge- oder Verbote, die die freie Ausübung des Grundrechts beschränken.

Durch die gesetzliche Regelung droht insbesondere den Beratern die Untersagung ihrer Beschäftigung für die Dauer von bis zu zwei Jahren, wenn sie ihre Pflichten nicht erfüllen, beispielsweise nicht die nötigen Dokumentationen erstellen oder die der Bank bezahlten Provisionen verschweigen. Adressat dieser Regelung sind nach ihrem klaren Wortlaut nicht unmittelbar die Mitarbeiter, sondern das einzelne Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Ihm kann untersagt werden, den Mitarbeiter in der angezeigten Tätigkeit einzusetzen. Demnach liegt kein zielgerichtetes, unmittelbar an den Grundrechtsträger gerichtetes Verbot im Sinne eines klassischen Grundrechtseingriffs vor.

## **b) Sonstige relevante Beeinträchtigung**

Grundrechte schützen jedoch nicht nur gegen unmittelbare Eingriffe, sondern auch gegen sonstige relevante Beeinträchtigungen. Damit sind alle anderen nachteiligen Einwirkungen auf den grundrechtlichen Schutzbereich gemeint, die der Staatsgewalt zuzurechnen sind.

Für die Betroffenen macht es keinen Unterschied, ob sie durch eine zielgerichtete, unmittelbare Maßnahme belastet werden oder ob die Beschränkung ihrer Handlungsmöglichkeiten sich nur als mittelbare Folge eines staatlichen Verhaltens ergibt, das einen anderen Adressaten besitzt. Untersagt die BaFin dem

Wertpapierdienstleistungsunternehmen den weiteren Einsatz eines Beraters, so kommt der Bank oder Sparkasse keinerlei eigener Entscheidungsspielraum mehr zu. Es wird ein Automatismus ausgelöst, der zur Abberufung aus der konkreten Tätigkeit führt. Damit ist die berufliche Rechtsstellung des Mitarbeiters in gleicher Weise beschränkt, wie wenn er selbst Adressat der Untersagungsverfügung wäre. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführer bislang noch nicht Opfer irgendwelcher Anordnungen geworden sind, steht dem nicht entgegen. Schon das „Damoklesschwert“ einer Verfügung durch die BaFin führt zu einer Beschränkung ihrer beruflichen Betätigungsfreiheit. Wie schon im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung ausgeführt, ist es den Betroffenen nicht zuzumuten, zunächst einen Verstoß zu begehen, um eine gerichtliche Überprüfung der ihnen drohenden Sanktionen zu ermöglichen. Die gesetzliche Regelung des § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG beeinträchtigt daher die Beschwerdeführer in ihrer Freiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

### **3. Verfassungsmäßige Rechtfertigung**

Fraglich ist, ob diese Beeinträchtigung gerechtfertigt sein könnte.

Dies würde zunächst voraussetzen, dass § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG vom Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt ist.

Obwohl Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich nur die Berufsausübung, nicht die Berufs- und Arbeitsplatzwahl unter Gesetzesvorbehalt stellt, besteht ein allgemeiner, von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgeformter Gesetzesvorbehalt, die für alle Ausübungsformen des Grundrechts

gilt. Dabei werden Eingriffe in die Arbeitsplatzwahl grundsätzlich nicht anders behandelt als Eingriffe in die Berufswahl. Auch sie unterliegt gesetzlichen Beschränkungen, die dem hohen Rang der Wahlfreiheit, wie er in Art. 12 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommt, Rechnung tragen müssen.<sup>20</sup> Greift eine Regelung in die Arbeitsplatzwahl ein und entfaltet dabei eine ähnliche Wirkung wie eine Schranke für die Zulassung zu einem Beruf, so ist sie nur zur Sicherung eines wichtigen Gemeinschaftsgutes und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig.<sup>21</sup>

Das in § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG vorgesehene „Tätigkeitsverbot“ kann die BaFin nur verhängen, wenn der fragliche Mitarbeiter gegen gesetzliche Pflichten verstoßen hat, die er bei der Ausübung seiner Tätigkeit zu beachten hatte. Dabei wird an das persönliche Verhalten der Berater und der anderen erfassten Personen angeknüpft; insoweit handelt es sich um eine subjektive Zulassungsbeschränkung. Diese dient dem Schutz der Anleger und der Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte, was man als gewichtiges Gemeinschaftsgut qualifizieren kann. Möglicherweise dürfte der Gesetzgeber zu einem solchen Zweck sogar durch objektive Zulassungsschranken in die Freiheit der Berufswahl eingreifen.<sup>22</sup> Subjektive Zulassungsschranken sind als solche jedenfalls im Grundsatz unbedenklich.<sup>23</sup>

Die gesetzliche Regelung des § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG muss jedoch darüber hinaus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinreichend Rechnung tragen. Dies ist der Fall, wenn das Gesetz

---

<sup>20</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377 ff.

<sup>21</sup> BVerfGE 84, 133 (148).

<sup>22</sup> BVerfGE 7, 377 (407 f.).

<sup>23</sup> So BVerfGE 84, 133 (151).

einen legitimen Zweck verfolgt, zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich ist und die Proportionalität zwischen den belastenden Wirkungen und den angestrebten Vorteilen gewahrt ist.

Die angegriffene Regelung genügt diesen Anforderungen im Ergebnis nicht.

#### a) **Legitimer Zweck**

Der Schutz der Anleger und die Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes stellen den legitimen Zweck des § 34d IV Nr. 2b WpHG dar. Die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts soll durch sachgerechte Beratung (unter Einsatz von sachkundigen und zuverlässigen Menschen) verbessert werden. Auch ein solcher konkreter Zweck ist legitim. In der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung heisst es dazu, „die Änderungen dieses Gesetzes stärken den öffentlichen Anlegerschutz und verbessern die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte. Dies trägt dazu bei, das Vertrauen der Anleger zurückzugewinnen und damit den Finanzplatz Deutschland zu stärken“.<sup>24</sup>

#### b) **Geeignetheit**

Geeignet ist ein Mittel, wenn die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, das erstrebte Ziel zu erreichen.

---

<sup>24</sup> Siehe RegE, BT-Drucks. 17/3628, S. 1 (17).

Das in § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG vorgesehene Verbot einer weiteren Beschäftigung als Berater usw. kann im Ergebnis dazu beitragen, dass der Anlegerschutz verbessert und die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts gestärkt wird. Zumindest handelt es sich dabei um eine legitime Erwägung des Gesetzgebers, die im Grundsatz keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt.

### c) Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit ist nur dann gegeben, wenn kein mildereres, aber gleich wirksames Mittel zur Verfügung steht.

Wer als Berater tätig ist, erhöht durch Vertragsabschlüsse mit Kunden in der Regel sein persönliches Einkommen. Zumindest erhöht sich sein soziales Ansehen innerhalb der Bank oder Sparkasse, was häufig auch bessere Beförderungschancen zur Folge hat. An dieser Situation hat sich auch durch das „Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen“ vom 21. Juli 2010<sup>25</sup> und durch die auf seiner Grundlage erlassene Institutsvergütungsverordnung vom 6. 10. 2010<sup>26</sup> nichts Grundsätzliches geändert. „Leistungsbezogene“ Vergütungsbestandteile sind auch in diesem Bereich weiterhin zulässig.<sup>27</sup> Dies bedeutet, dass der Berater seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen zuwider handeln muss, wenn er die

<sup>25</sup> [BGBl I S. 950](#)

<sup>26</sup> [BGBl I S. 1374](#)

<sup>27</sup> [S. den Überblick über die Regelungen bei Müller-Bonanni/Mehrens NZA 2010, 792; Simon/Koschker BB 2011, 120; Däubler AuR 2012, 381 ff.](#)

gesetzlich gebotene umfassende Risikoaufklärung vornimmt: Sie wird nach aller Erfahrung dazu führen, dass er weniger Verträge zustande bringt und deshalb auch weniger eigene Vorteile haben wird. Jeder Berater wird auf diese Weise in einen Rollenkonflikt gebracht. Niemand kann erwarten, dass ausnahmslos alle mit dieser Funktion betrauten Mitarbeiter sich in dem Sinne „selbstlos“ verhalten, dass sie dem gesetzlichen Modell entsprechend ihre eigenen Interessen zurückstellen. Vielmehr muss man damit rechnen, dass sich einzelne Personen verstärkt bemühen werden, ihr „uneindeutiges“ Verhalten zu verbergen, um einerseits Schwierigkeiten durch die Bank oder die BaFin zu vermeiden, andererseits jedoch in den Genuss der vorgesehenen Provisionen oder anderen Leistungsentgelte zu kommen.

Statt bei Fehlberatung die neue Sanktion der Beschäftigungsuntersagung zu schaffen, wäre es ein milderes Mittel, die Verknüpfung zwischen der Höhe der Vergütung und der Zahl oder dem Volumen der Vertragsabschlüsse zu verbieten. Gäbe es nur noch Fixgehälter, würden keinerlei Anreize mehr bestehen, die gesetzlichen Pflichten nicht ernst zu nehmen. Vielmehr könnten sich Anleger darauf verlassen, über alle Risiken voll und sachgerecht aufgeklärt zu werden. Eine solche Regelung wäre daher sehr viel wirksamer als die vom Gesetzgeber getroffene, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

Die Herausnahme der Vertragsabschlüsse aus den Kriterien für die Bestimmung der Vergütung muss auch nicht zu einer Absenkung des Entgelts führen. Dabei ist zu beachten, dass nicht etwa jede leistungsbezogene Vergütung unmöglich gemacht werden muss. Vielmehr geht es lediglich darum, eine bestimmte Komponente,

nämlich Zahl und Volumen der Vertragsabschlüsse, aus der Bestimmung der „Leistung“ auszuklammern. Andere Komponenten wie z. B. die (durch Umfrage ermittelte) Kundenzufriedenheit können ohne Probleme weiter zugrunde gelegt werden. Auch für den einzelnen Betroffenen handelt es sich daher um ein milderes Mittel.

Für die Sanktionsvorschrift des § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG fehlt es unter diesen Umständen an der Erforderlichkeit; schon aus diesem Grund liegt ein unzulässiger Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG vor.

#### **d) Proportionalität**

Ich bin für Streichung dieses Abschnitts.

Fehlende Proportionalität würde voraussetzen, dass es für den Grundrechtsträger unzumutbar ist, angesichts des Eingriffsgrundes das Zurückstehen seiner Rechte in Kauf zu nehmen. Angesichts des hohen Ranges von Anlegerschutz und Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes lässt sich dies schwer begründen. Dass schon leichte Verstöße zu einem „Berufsverbot“ führen können, ist nur dem Wortlaut nach richtig. In der Realität würde die BaFin, spätestens das VG, das Verhältnismäßigkeitsprinzip anwenden und die Berufsuntersagung nur bei schweren Verstößen aussprechen bzw. zulassen. Die Einbeziehung dieser Dimension könnte uns überdies bei der Zulässigkeitsfrage schaden, denn da läge ein Fall vor, wo eine Konkretisierung durch die Fachgerichte durchaus naheliegend wäre.

Richtig ist, dass ein einmal ausgesprochenes Berufsverbot die Berufschancen auch bei anderen Banken kaputt macht. Erst nach fünf Jahren wäre man theoretisch wieder ein unbeschriebenes Blatt – ähnlich einem vorbestraften Menschen, dessen Vorstrafe schon länger zurückliegt. Ist dies aber unverhältnismäßig, wenn man an den Fall denkt, dass eine Fehlberatung z. B. zum Verlust der Alterssicherung eines Kunden geführt hat? Wenn es einen Automatismus gäbe, dass bei jeder Pflichtverletzung auch ein Berufsverbot verhängt wird (auch wenn der vielfache Millionär nur einen Schaden von 1.000 Euro erleidet), wäre die Argumentation mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip konsequent. Da es diesen Automatismus aber nicht gibt, sollte man lieber die Finger davon lassen. Was halten Sie davon?

Im Übrigen könnte die Regelung des § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG auch nicht proportional zum angestrebten Zweck des Anlegerschutzes sein.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes kann die BaFin die Beschäftigungsuntersagung gegenüber den Wertpapierdienstleistungsunternehmen dann aussprechen, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, dass ein Mitarbeiter gegen Bestimmungen des gesetzlichen Abschnitts verstoßen hat, deren Einhaltung bei der Durchführung seiner Tätigkeit zu beachten sind, d.h. die sog. Wohlverhaltenspflichten des 6. Abschnitts des WpHG. Dies sind die Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten der §§ 31 bis 37a WpHG, insbesondere das Gebot der anlegergerechten Beratung, die Offenlegung von Provisionen und das Führen von Beratungsprotokollen. Demzufolge kann die Beschäftigungsuntersagung als sehr scharfe Sanktion

bereits bei einfachen Verstößen gegen die Wohlverhaltenspflichten ausgesprochen werden.

Die gesetzliche Regelung nimmt keine Differenzierung vor zwischen groben und einfachen Verstößen. Im Hinblick auf die folgenschwere Rechtsfolge der Beschäftigungsuntersagung von bis zu zwei Jahren ist die gesetzliche Ausgestaltung für die Anlageberater kaum hinnehmbar. Zumal § 34d Abs. 4 Satz 4 WpHG vorschreibt, dass sich die Beschwerdeführer gegen die Beschäftigungsuntersagung zwar vor dem Verwaltungsgericht zur Wehr setzen können, jedoch Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt keine aufschiebende Wirkung haben. In Anbetracht der Tatsache, dass bis zum Spruch eines erstinstanzlichen Urteils des Verwaltungsgerichts zumeist mindestens zwei Jahre verstreichen, entfaltet der Verwaltungsakt der Beschäftigungsuntersagung – ungeachtet eines Erfolges im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gemäß § 80 Abs. 5 VwGO – faktisch im Ergebnis bereits eine nicht umkehrbare – wenn auch rechtlich noch nicht endgültige - Wirkung.

Die gesetzliche Beschäftigungsuntersagung des § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG bewirkt für die Mitarbeiter insbesondere auch negative Auswirkungen sowohl für ihr bestehendes Arbeitsverhältnis als auch für ihre berufliche Zukunft.

Wird ein Anlageberater mit einer Beschäftigungsuntersagung von bis zu zwei Jahren belegt, so ist - sofern für ihn keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit besteht – eine personenbedingte Kündigung mangels Eignung nicht auszuschließen.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Siehe oben A. Sachverhalt – zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde.

Zwar wirkt das Verbot nicht unmittelbar in Richtung auf andere Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Gleichwohl macht die persönliche Identifikationsnummer (§ 9 II Nr. 1 WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung) den Wechsel zu einem anderen Wertpapierdienstleistungsunternehmen transparent. Nicht zuletzt auch angesichts zu befürchtender Schwierigkeiten im Rahmen künftiger Bewerbungsgespräche in diesem Tätigkeitsbereich dürfte die normierte Beschäftigungsuntersagung für die Mitarbeiter als „Berufsverbot“<sup>29</sup> wirken.

Die in der Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetzes zum Ausdruck kommende beabsichtigte Abschreckungswirkung, die vorbeugend zur Disziplinierung der Mitarbeiter wie auch der Wertpapierdienstleistungsunternehmen beitragen sollte,<sup>30</sup> schießt in der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung über das Maß hinaus. Der Abschreckungszweck mit vorbeugender Disziplinierungswirkung ist als Instrument für die gesetzliche Sanktion in Form einer Beschäftigungsuntersagung in § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG, bei dem es dem Grunde nach um Gefahrenabwehr geht, bedenklich. Soweit eine präventive Gefahrenabwehr durch Abschreckung angestrebt wird, ist fraglich, ob die Beschäftigungsuntersagung in einem angemessenen Verhältnis zum Erfolg einer solchen Abschreckungswirkung steht. Dies kann in der Sache jedoch dahinstehen, denn verhältnismäßig kann ohnehin nur sein, was einem der konkreten Rechts- /Ermächtigungsgrundlage konnexen Ziel – hier dem Zweck des Anlegerschutzes – dient und nicht der Abschreckung. Andernfalls würde verkannt, dass Abschreckung nicht

---

<sup>29</sup> Vgl. auch den Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 17/4739, S. 12.

<sup>30</sup> Siehe RegE, BT-Drucks. 17/3628, S. 1 (23).

Ziel des Gefahrenabwehrrechts ist, sondern die Abwehr bestimmter Gefahren.<sup>31</sup>

e) **Ergebnis zu 3.**

Im Ergebnis genügt § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

**4. Ergebnis zu II.**

Daher sind die Beschwerdeführer durch die gesetzliche Regelung des § 34d Abs. 4 Nr. 2b WpHG in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

Die Verfassungsbeschwerde ist somit auch unter diesem Gesichtspunkt begründet.

**III. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG**

Ferner könnte die gesetzliche Regelung des § 34d WpHG gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Dies setzt voraus, dass eine

---

<sup>31</sup> Vgl. dazu Rachor, in: Lisen/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, F. Polizeihandeln, S. 399 (446 f.); Denninger, in: Lisen/ders., Handbuch des Polizeirechts, E. Polizeiaufgaben, S. 299 (302 f.); Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, § 2 Rn. 7, § 4 Rn. 1 ff.; Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 108 ff., 197 ff.; Frings/Spahlholz, Das Recht der Gefahrenabwehr in NRW, Rn. 001 f.

Ungleichbehandlung vorliegt, die verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

## 1. **Verschiedenbehandlung**

Die Vorschrift des § 34d WpHG gilt nur für den Bereich des sog. weißen Kapitalmarktes, d.h. für Finanzinstrumente, die vom WpHG erfasst werden. Insoweit besteht daher eine strenge Aufsicht durch die BaFin, die über eine umfassende fachliche Expertise verfügt und die von den ihr eingeräumten Ermächtigungen daher einen umfassenden Gebrauch machen kann.

Der sog. graue Kapitalmarkt, der nicht unter das WpHG fällt und mit dem sich insbesondere die freien Finanzanlagenvermittler befassen, untersteht dagegen nicht der Aufsicht der BaFin (s. Bereichsausnahmen des § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG, § 2a Abs. 1 Nr. 7 WpHG).<sup>32</sup> Der vom Bundesministerium für Finanzen am 03. Mai 2010 vorgelegte Diskussionsentwurf für ein Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz sah im Gegensatz dazu eine umfassende Überwachung durch die BaFin vor, die sich gleichermaßen auf den weißen wie auch den grauen Kapitalmarkt beziehen sollte.<sup>33</sup> Dieser Ansatz wurde jedoch auf Betreiben des Bundeswirtschaftsministeriums<sup>34</sup> nicht in den Regierungsentwurf

---

<sup>32</sup> Zu den Kategorien „weißer“ und „grauer“ Kapitalmarkt siehe oben A. Sachverhalt – zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde.

<sup>33</sup> Siehe näher zum Diskussionsentwurf vom 03.05.2010 unter <http://www.bundesfinanzministerium.de>.

<sup>34</sup> Vgl. dazu etwa den Entschließungsantrag der Fraktion der SPD zu der dritten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung – Drucksachen 17/6051, 17/7453 – Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, BT-Drucks. 17/7475, S. 1 (1 f.); J. Berger, Brüderle rettet den Grauen Kapitalmarkt, Telepolis v. 10.09.2010, abrufbar im Internet unter <http://www.heise.de/tp/druck/mb/artikel/33/33291/1.html> m.w.N.

aufgenommen und blieb aus dem weiteren Gesetzgebungsverfahren ausgeklammert. Auf die Gründe wird zurückzukommen sein. Das später erlassene Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts vom 06.12.2011<sup>35</sup> enthält zwar eine eingehende Regelung zu den gewerblichen Anlage- und Vermögensberatungsfirmen, unterstellt diese jedoch der Aufsicht durch die Gewerbeaufsichtsämter, die über keinerlei Erfahrungen in Kapitalmarktgeschäften verfügen.

In der Konsequenz genießen die freien Finanzanlagenvermittler eine Sonderstellung, weil sie weiterhin allein einer gewerberechtlichen Aufsicht unterstehen. Diese liegt bei den Gewerbeaufsichtsämtern, die angesichts der Komplexität der Materie in der Regel nicht über die notwendige fachliche Expertise verfügen.<sup>36</sup>

Die Zuständigkeit für die Aufsicht ist nicht der einzige Unterschied. So fehlen bei den freien Anlagevermittler Interventionsmöglichkeiten gegenüber den einzelnen Beschäftigten. Nach § 19 FinVermV liegt die Verantwortung für die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten ausschließlich beim Gewerbetreibenden – also dem Arbeitgeber – selbst. Bei schweren Verstößen droht als einzige Sanktionsmöglichkeit die Gewerbeuntersagung gemäß § 35 GewO, die ausschließlich gegenüber dem Inhaber oder den mit der Leitung des Gewerbebetriebs betrauten Personen ausgesprochen werden kann. Des Weiteren gibt es keine zentrale Datenbank, sondern lediglich ein „Vermittlerregister“ der jeweiligen Industrie- und Handelskammer (Registerbehörde) nach § 11a GewO. Zweck dieses Registers ist es gemäß § 11a Satz 3 GewO lediglich, „insbesondere der Allgemeinheit, vor allem Versicherungsnehmern und Versicherungsunternehmen, die Überprüfung der Zulassung sowie

---

<sup>35</sup> BGBl. I 2011, S. 2481 ff.

<sup>36</sup> Siehe oben A. Sachverhalt – zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde

des Umfangs der zugelassenen Tätigkeit der Eintragungspflichtigen zu ermöglichen“.<sup>37</sup>

## 2. Gerechtfertigte Differenzierung?

Ob eine unterschiedliche Behandlung gegen das Gleichbehandlungsgebot verstößt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach differenzierten Maßstäben zu beurteilen.

Eine nur sachbezogene Verschiedenbehandlung ist nach der „Willkürformel“ zu beurteilen. Ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG liegt dann vor, wenn für die vorgenommene Differenzierung kein sachlicher Grund ersichtlich ist.<sup>38</sup>

Auf eine personenbezogene Verschiedenbehandlung findet die strengere „neue Formel“ Anwendung. Danach ist der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, wenn bei den unterschiedlich behandelten Personengruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht gegeben sind, dass sie die ungleiche Behandlung, d.h. Differenzierung rechtfertigen könnten.<sup>39</sup>

Die differenzierende Regelung, insbesondere im Hinblick auf die Aufsicht bezieht sich auf personenbezogene Eigenschaften der

---

<sup>37</sup> Siehe oben A. Sachverhalt – zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde.

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 93, 99 (111); 107, 27 (46).

<sup>39</sup> So etwa BVerfGE 55, 72 (88); 82, 60 (86); 105, 73 (110); 107, 205 (214).

Normadressaten. Es fragt sich daher, ob entsprechend der „neuen Formel“ zwischen den beiden Gruppen der Berater auf dem weißen und dem grauen Kapitalmarkt solche Unterschiede finden lassen, die die verschiedene Ausgestaltung der Aufsicht rechtfertigen können.

Sowohl auf dem weißen als auch auf dem grauen Kapitalmarkt werden Finanzprodukte vermittelt und verkauft. Die handelnden Personen beraten ihre Kunden über Geldanlagen, Kredite und Versicherungen und nehmen in gleichem Maße das Vertrauen der Anleger in Anspruch. Dieses Vertrauen in eine sachgerechte Beratung ist ohne Rücksicht darauf in gleicher Weise schutzwürdig, ob sich die Anleger den Banken und Sparkassen oder den freien Finanzanlagenvermittlern anvertrauen. In beiden Fällen kann eine Falschberatung bei den Anlegern zu hohen finanziellen Schäden, ja zu einer Gefährdung ihrer Altersversorgung und ihrer Existenz führen. Die Verantwortung der Berater ist daher in beiden Fällen dieselbe; angesichts der Schutzbedürftigkeit der Kunden lassen sich insoweit keinerlei relevante Unterschiede erkennen.

Keine Überzeugungskraft besitzt das im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingebrachte Argument, die Einbeziehung in die Entschädigungseinrichtung für Wertpapierhandelsunternehmen würde zu erheblichen Kosten führen, die die wirtschaftliche Existenz der meist als Einzelunternehmen operierenden freien Finanzanlagenvermittler gefährden könnten.<sup>40</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass es im vorliegenden Zusammenhang nicht um eine volle Einbeziehung in das WpHG und das KWG geht; vielmehr steht allein die Zuständigkeit der BaFin in Rede, die nicht

---

<sup>40</sup> So die im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zum Diskussionsentwurf für ein Anleger- und Funktionsverbesserungsgesetzes des Bundesministeriums für Finanzen geäußerten Bedenken gegen eine Überwachung auch des grauen Kapitalmarktes durch die BaFin, zitiert nach Empfehlung des Finanzausschusses vom 11.11.2011, BR-Drucks. 674/1/11, S. 1 (3).

mit zusätzlichen Kosten (wohl aber mit einer weit höheren Kontrollkapazität) verbunden wäre.<sup>41</sup>

Im Ergebnis ist es sachlich nicht zu begründen, warum Anleger, die sich nicht von Banken und Sparkassen, sondern von freien Finanzanlagenvermittlern beraten lassen, weniger schutzwürdig sein sollten. Dies wird mittelbar dadurch bestätigt, da die gesetzlichen Anforderungen an Sachkunde und Zuverlässigkeit mittlerweile durchaus vergleichbar sind. Man könnte im Gegenteil sogar die Auffassung vertreten, die Risiken für die Anleger seien auf dem tendenziell schwer zu überblickenden und ausufernden grauen Kapitalmarkt oftmals größer, so dass sich eine intensiviertere Aufsicht über die Berater anbieten würde. Auch sollte nicht unerwähnt bleiben, dass sich hinter freien Finanzanlagenvermittlern Finanzdienstleistungsunternehmen verbergen können, die keineswegs dem Mittelstand zuzurechnen sind: Die weniger intensive Kontrolle könnte sogar einen Anreiz schaffen, sich der Kontrolle der BaFin durch Ausgründung einer „Finanzanlagenvermittlungsgesellschaft“ zu entziehen.

Als Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass sich die Differenzierung zwischen Banken und Sparkassen auf der einen und freien Anlagevermittlern auf der anderen Seite nicht rechtfertigen lässt.

### **3. Ergänzende Überlegungen**

Die Herausnahme der freien Anlagevermittler und der dort tätigen Personen aus dem Gesetzgebungsverfahren weist – auch abgesehen von den Rechtsverstößen – einige Merkwürdigkeiten auf.

---

<sup>41</sup> So auch die Empfehlung des Finanzausschusses vom 11.11.2011, BR-Drucks. 674/1/11, S. 1 (3).

Der Vorsitzende des Finanzdienstleisterverbandes AfW verwies auf unzählige Hintergrundgespräche in Ministerien und mit Abgeordneten die allesamt das Ziel hatten, die freien Anlagevermittler aus dem Gesetzesvorhaben auszuklammern.<sup>42</sup> Ein Lobbyist des Verbandes Unabhängiger Finanzdienstleistungs-Unternehmen informierte seine Mitglieder in einem Brief hoch erfreut darüber, dass „der von uns bekämpfte Gesetzentwurf des Bundesministeriums nunmehr dauerhaft von der Tagesordnung des Bundeskabinetts genommen worden“ sei.<sup>43</sup> Dies legt die Vermutung nahe, dass die Herausnahme aus dem Gesetzentwurf auf Betreiben der betroffenen Verbandsvertreter erfolgte. In der Öffentlichkeit wurde weiter darauf hingewiesen, die Finanzberater-Lobby habe eine Spende in nicht unerheblicher Größenordnung an die FDP gewährt, die für die Leitung des Bundeswirtschaftsministeriums verantwortlich war. Der enge zeitliche Zusammenhang würde den Verdacht begründen, dass zwischen der Spende und der Entscheidung im Gesetzgebungsverfahren ein Zusammenhang bestanden habe.<sup>44</sup>

Die Beschwerdeführer sehen sich nicht in der Lage, diesem Verdacht im Einzelnen nachzugehen; hierfür fehlen ihnen die notwendigen Instrumente. Würde er sich – etwa infolge von Anfragen und Ermittlungen durch das Bundesverfassungsgericht - erhärten lassen, müsste die Herausnahme der freien Anlagevermittler als grob unsachlich behandelt werden. Das Gesetz wäre schon deshalb

<sup>42</sup> Siehe dazu <http://www.rohmert-medien.de/fondsbrief/haftungsdacher-kein-thema-mehr-fondsvermittler-atmen-auf.108064.html>; vgl. auch J. Berger, Brüderle rettet den Grauen Kapitalmarkt, Telepolis v. 10.09.2010, abrufbar im Internet unter <http://www.heise.de/tp/druck/mb/artikel/33/33291/1.html>.

<sup>43</sup> Zitiert nach M. Sievers, Fragwürdige Spenden - Die FDP sagt Danke schön, Frankfurter Rundschau v. 12.09.2012, abrufbar im Internet unter <http://www.fr-online.de/politik/fragwuerdige-spenden-die.fdp-sagt-danke-schoen.1472596.4906760.html>.

<sup>44</sup> So etwa M. Sievers, Fragwürdige Spenden - Die FDP sagt Danke schön, Frankfurter Rundschau v. 12.09.2012, abrufbar im Internet unter <http://www.fr-online.de/politik/fragwuerdige-spenden-die.fdp-sagt-danke-schoen.1472596.4906760.html>; <http://blog.abgeordnetenwatch.de/2010/12/09/gesetzentwurf-torpediert/>.

wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig zu erklären.

### **3. Ergebnis zu III.**

Die gesetzliche Regelung des § 34d WpHG verletzt im Ergebnis die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG.

Die Verfassungsbeschwerde ist auch in dieser Hinsicht als begründet anzusehen.

### **IV. Gesamtergebnis**

Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer ist begründet.

Das Bundesverfassungsgericht wird daher ersucht, nach Antrag zu entscheiden.

Düsseldorf, den ...

(Prof. Dr. Wolfgang Däubler)

(RA Lorenz Schwegler)