

Offenlegung von Provisionen im Finanzvertrieb – Eine unendliche Geschichte? (Teil II)

– RA Dr. Udo Brinkmüller, BMS Rechtsanwälte/Düsseldorf –

Seit Jahren ist das Thema der Provisionsaufklärung gegenüber Kunden im Rahmen der Kapitalanlageberatung Anlass von Diskussionen. Hierbei wurde von der Rechtsprechung zuletzt grundlegend zwischen freien Anlageberatern und der Beratung durch eine Bank unterschieden. Dieser Beitrag erläuterte im ersten Teil die Rechtslage bis zur Einführung von § 34f **Gewerbeordnung (GewO)** und der **Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV)** (vgl. 'k-mi'-Special 35/14). Daneben wurde die jüngste Grundlagensentscheidung des **Bundesgerichtshofs (BGH)** vom 03.06.2014 dargestellt. Im zweiten Teil wird die aktuelle Rechtslage für freie Anlagevermittler und -berater ("*Finanzanlagenvermittler*") sowie die Auswirkungen des aktuellen Urteils für die Praxis beleuchtet.

Aufklärungs- und Beratungspflichten

Der Finanzanlagenvermittler nach § 34f GewO darf seit dem 01.01.2013 im Zusammenhang mit der Vermittlung von und der Beratung über Finanzanlagen keine Zuwendungen von Dritten annehmen oder an Dritte gewähren, es sei denn, "er hat Existenz, Art und Umfang der Zuwendung oder, soweit sich der Umfang noch nicht bestimmen lässt, die Art und Weise seiner Berechnung dem Anleger vor Abschluss des Vertrags in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise offengelegt und die Zuwendung steht der ordnungsgemäßen Vermittlung und Beratung im Interesse des Anlegers nicht entgegen." Letzteres wäre der Fall, wenn z. B. überhöhte Provisionen vorliegen, die den Finanzanlagenvermittler mutmaßlich zu rücksichtslosem und eigennützigem Handeln verleiten. Zuwendungen sind "Provisionen, Gebühren oder sonstige Geldleistungen sowie alle geldwerten Vorteile", die der Vermittler vom Anbieter einer Finanzanlage oder von einem sonstigen Dritten für deren Vermittlung oder Beratung erhält oder an Dritte gewährt. Es handelt sich aufsichtsrechtlich um ein echtes Provisionsannahmeverbot, wenn die dort genannten Ausnahmen nicht erfüllt sind. Damit hat der Gesetzgeber die zivilrechtlich längst bestehende Aufklärungspflicht eines Finanzanlagenvermittlers erstmals normiert und konkretisiert. Klar ist danach, dass es auf die Höhe der Provision nicht ankommt. Selbst Zuwendungen in Form geldwerter Vorteile wie bspw. eine Bonus-Reise bei Erreichen bestimmter Umsatzziele sind dem Kunden offenzulegen. Auch eine Zuwendung an einen Tippgeber ist aufklärungspflichtig. Fraglich ist, ob Aufklärungspflicht – wie bisher – durch rechtzeitige Übergabe eines Verkaufsprospektes, in dem die Vertriebsprovision zutreffend und offen ausgewiesen ist, entsprochen werden kann. Aufgrund der Gesetzessystematik und -begründung ist davon auszugehen, dass dies nicht genügt. Vielmehr ist hier eine gesonderte schriftliche Provisionsaufklärung im Rahmen der zu erstellenden Dokumentation erforderlich.

Statusbezogene Informationserteilung

Zusätzlich hat der Finanzanlagenvermittler seinen Kunden mit Einführung des Honorar-Finanzanlagenberaters nach § 34h GewO zum 01.08.2014 laut § 12a FinVermV vor Beginn der Anlageberatung oder -vermittlung und vor Abschluss des Beratungsvertrages in Textform rechtzeitig und in verständlicher Form darüber zu informieren, ob er vom Anleger eine Vergütung verlangt und in welcher Art und Weise diese berechnet wird, oder ob im Zusammenhang mit der Anlageberatung oder -vermittlung Zuwendungen von Dritten angenommen oder behalten werden dürfen. Diese rein statusbezogene Information, bei der die exakte Provisionshöhe (noch) nicht genannt werden muss, dient der grundsätzlichen Abgrenzung der Honorar-Finanzanlagenberatung gegenüber der klassischen Provisionsberatung. Hintergrund ist, dass der Kunde beim Erstkontakt darüber informiert werden soll, mit wem er es künftig zu tun hat. Diese Information, die auch in standardisierter Art und Weise erfolgen kann, ist nicht zu verwechseln mit der konkreten Aufklärung über die Höhe der Provision im Sinne von § 17 FinVermV. Der Provisionsberater

Ihr direkter Draht ... (Mo.-Do. 15-18 Uhr, Fr. 9-12 Uhr)



02 11 / 66 98 - 164

Fax: 02 11 / 69 12 - 440

e-mail: kmi@kmi-verlag.de

... für den vertraulichen Kontakt

Impressum

markt intern Verlagsgruppe – **kapital-markt intern** Verlag GmbH, Grafenberger Allee 30, D-40237 Düsseldorf. Tel.: +49 (0)211 6698 199, Fax: +49 (0)211 6912 440. www.kmi-verlag.de. Geschäftsführer: Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Rechtsanwalt Gerrit Weber, Dipl.-Ing. Günter Weber. Gerichtsstand Düsseldorf. Handelsregister HRB 71651. Vervielfältigung nur mit Genehmigung des Verlages.

kapital-markt intern Herausgeber: Dipl.-Ing. Günter Weber. Chefredakteur: Redaktionsdirektor Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Redaktionsdirektor Rechtsanwalt Gerrit Weber. Redaktionsbeirat: Dipl.-Ing. Dipl.-Oen. Erwin Hausen, Rechtsanwalt Dr. Axel J. Prümm, Christian Prüßing M.A., Dipl.-Vwt. Dr. Ludger Steckelbach, Rechtsanwalt Harald L. Weber M.A., LL.M. Druck: Theodor Gruda, www.gruda.de. ISSN 0173-3516

hat den Kunden in der Regel also zweimal auf die Provisionsthematik anzusprechen. Einmal einleitend als generelle Erläuterung, dass nicht der Kunde, sondern ein Dritter den Berater vergütet und ein zweites Mal, wenn dem Kunden ein bestimmtes Produkt vorgestellt wird und ihm dabei die konkrete Provisionshöhe angegeben werden muss.

Offenlegungspflicht bei sämtlichen Kapitalanlagen

Die Frage ist, ob freie Vermittler und Berater auch bei (derzeit) nicht regulierten Kapitalanlagen, z. B. Direktinvestments oder partiarischen Darlehen, ihre Provision offen legen müssen. Denn Finanzanlagen im Sinne von § 34f Absatz 1 Satz 1 GewO sind nur Anteile oder Aktien an offenen und geschlossenen Investmentvermögen, die nach dem **Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB)** vertrieben werden dürfen, und Vermögensanlagen im Sinne des § 1 Absatz 2 des **Vermögensanlagengesetzes (VermAnlG)**. Sonstige Kapitalanlagen wie z. B. Container-Direktinvestments oder momentan häufig angebotene Nachrangdarlehen, die (noch) nicht unter § 34f GewO bzw. das VermAnlG oder KAGB fallen, sind jedenfalls gewerbe- bzw. aufsichtsrechtlich gemäß FinVermV von der Offenlegungspflicht ausgenommen.

Ob dies vor dem Hintergrund der aktuellen BGH-Rechtsprechung seit dem 01.08.2014 auch noch gilt, ist zu bezweifeln. Aufsichtsrechtlich hat sich am Status quo zwar (noch) nichts geändert. Dem Vernehmen nach arbeitet der Gesetzgeber allerdings sehr aktiv an dieser Frage. Unabhängig davon ist zivilrechtlich und damit maßgeblich für eine etwaige Haftung des Vermittlers/Beraters das aktuelle Urteil von besonderer Relevanz. Dort fordert der BGH nämlich eine sehr weitgehende und umfassende Transparenz. Denn jedenfalls ab dem 1. August 2014 wäre die Rechtslage bzgl. der Aufklärungspflicht über Provisionen laut BGH geklärt. Grund hierfür sei der Umstand, dass der Gesetzgeber durch mehrere Gesetzesnovellen in den vergangenen Jahren die *"Transparenzpflichten von Banken und Finanzdienstleistern bei der Anlageberatung"* verschärft und spätestens seit Einführung der FinVermV zum 01.01.2013 weitgehend harmonisiert habe. Laut BGH wurde hierdurch insbesondere der provisionsbasierte Vertrieb von Kapitalanlagen mittlerweile einem nahezu flächendeckenden – aufsichtsrechtlichen – Transparenzgebot unterworfen. Hieraus schlussfolgern die Richter des höchsten Zivilgerichts, dass seit dem 01.08.2014 jedenfalls Banken ihre Anleger über sämtliche von Dritten erhaltenen Provisionen aufklären müssen – und zwar ungefragt und unabhängig von der Höhe der Provision und ob die Zahlung in den Verkaufsunterlagen offen ausgewiesen wird oder nicht. Tun sie es nicht, machen sie sich im Zweifel schadensersatzpflichtig (BGH, Urteil vom 03.06.2014, XI ZR 147/12).

Auch wenn der in dem konkreten Fall zuständige *"Bankensenat"* explizit nur zu Banken urteilt, lässt sich aufgrund der Ausführungen in den Urteilsgründen angesichts der *"allgemeinverbindlichen Auslegung"* mutmaßen, dass dieses umfassende Gebot der Provisionsaufklärung jetzt auch für freie Anlageberater gilt. Laut BGH habe der Gesetzgeber durch das **Honoraranlageberatungsgesetz das WpHG** und die GewO im wesentlichen mit Wirkung zum 01.08.2014 geändert. Das Kapitalanlagerecht wäre nach seiner Überzeugung nunmehr derart geprägt vom Transparenzgebot, dass es künftig nicht mehr darauf ankäme, ob das konkrete Anlagegeschäft tatsächlich unter eines der vom Gesetzgeber explizit aufgestellten aufsichtsrechtlichen Ge- oder Verbote fällt.

Ob der III. Senat beim BGH, der allein für Verfahren von freien Finanzanlagenvermittlern und sonstigen Instituten zuständig ist, diesem sehr weit reichenden Ansatz folgt, bleibt abzuwarten. Aber selbst wenn der III. Senat die alte, schon sehr strenge Provisionsrechtsprechung des Bankensenats auf bankunabhängige Vermittler und Berater mit zutreffender Argumentation in der Vergangenheit nicht übertrug (vgl. BGH, Urteil vom 03.03.2011, III ZR 170/10), ist vor dem Hintergrund der verschärften Gesetzeslage mit einem Systemwechsel zu rechnen und deshalb große Vorsicht geboten. Insbesondere da auch der III. Senat immer schon § 31d WpHG bei der Beurteilung der Rechtslage herangezogen hat (III ZR 196/09), dem der neu eingeführte § 17 FinVermV nun weitestgehend entspricht.

Fazit: Finanzanlagenvermittler sollten, wenn sie unnötige Haftungsrisiken vermeiden wollen, ab sofort den Kunden bei sämtlichen Anlagegeschäften über Existenz, Art und Umfang der Zuwendung oder, soweit sich der Umfang noch nicht bestimmen lässt, die Art und Weise seiner Berechnung dem Anleger vor Abschluss des Vertrags in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise gesondert offenlegen.

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder.

In Europas größter Informationsdienst-Verlagsgruppe...

...erscheinen die wöchentlichen Branchenbriefe:

steuerberater intern
immobilien intern
umsatzsteuer intern
Ihr Steuerberater
steuer@ip GmbH intern
EXCLUSIV (Schweiz)



Bank intern
kapital-markt intern
finanztip
versicherungstip
investment intern
inside track (USA)