
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Entwurf eines Gesetzes zur Förderung und Regulierung einer Honorarberatung über Finanzinstrumente (Honoraranlageberatungsgesetz), Stand 06.02.2013

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem o.g. Gesetzentwurf anlässlich der dazu am 18. März 2013 stattfindenden öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages.

Ergänzend zu unseren Ausführungen beziehen wir uns auf die DIHK-Stellungnahme vom 21. November 2012 zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung und Regulierung einer Honorarberatung über Finanzinstrumente (Honoraranlageberatungsgesetz)“ und die DIHK-Stellungnahme vom 01. September 2011 zur Qualitätsoffensive Verbraucherfinanzen – Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung des Berufsbildes der Honorarberatung des BMELV.

Zu begrüßen ist, dass viele Punkte unserer Stellungnahme zu dem Referentenentwurf in dem aktuell vorliegenden Entwurf berücksichtigt wurden (z. B. § 11a Abs. 3a GewO-E).

A. Allgemeine Anmerkungen

Grundsätzlich unterstützen wir die Bestrebungen des Gesetzgebers, dem Kunden die Wahl zwischen provisionsbasierter Anlageberatung und ausschließlich honorargestützter Anlageberatung zu eröffnen.

Wir begrüßen ausdrücklich die Klarstellung des Gesetzgebers, dass die neuen Tatbestände „Honorar-Anlageberater“ bzw. „Honorar-Finanzanlagenberater“ von der freiwilligen Entscheidung des Unternehmens abhängen. Daraus erkennen wir, dass entgegen dem Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) aus dem Jahre 2011 durch den vorliegenden Gesetzentwurf keine Entscheidung für das eine oder andere Vergütungsmodell getroffen wurde und es somit dem Markt überlassen bleibt, auf welche Art die Vergütung erfolgen soll.

Auch wenn mit dem derzeit auf dem Markt überwiegend praktizierten provisionsgestützten Vermittlungssystem Interessenkonflikte beim Vertrieb von Finanzinstrumenten einhergehen können, sind

wir der Ansicht, dass Defizite bei der Erbringung von Beratungsleistungen nicht an einem möglicherweise bestehenden Ertrags- und Vertriebsdruck von Provisionsberatern festzumachen und Interessenkonflikte aufgrund von § 13 Abs. 5 Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV) ohnehin offen zu legen sind. Dem mündigen Verbraucher ist die Möglichkeit zu eröffnen, sich unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls (finanzielle Leistungsfähigkeit, individuelles Anlagevolumen, etc.) für oder gegen das Honorarberatungsmodell zu entscheiden.

Wie bereits in unserer Stellungnahme vom 01. September 2011 zur „Qualitätsoffensive Verbraucherfinanzen – Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung des Berufsbildes der Honorarberatung des BMELV“ erläutert, ist unserer Auffassung nach bei der Regulierung des Berufsstandes des „Honorar-Anlageberaters“ zu berücksichtigen, dass entsprechende Dienstleistungen im Vergleich zum Modell der provisionsgestützten Anlageberatung auf dem Markt eine lediglich marginale Rolle gespielt haben und bis heute nur vereinzelt nachgefragt werden. Im Bereich Versicherungsvermittlung und -beratung waren als Versicherungsberater im Sinne von § 34e Gewerbeordnung (GewO) mit Stand zum 2. Januar 2013 bundesweit 260 Unternehmen registriert. Stellt man diese Zahl der Gesamtsumme aller Versicherungsvermittler im Sinne von § 34d Abs. 1 GewO gegenüber – hier sind bundesweit 253.141 Unternehmen registriert – so ergibt dies in etwa ein Verhältnis von 1:1000. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Marktstrukturen in der Finanzbranche entwickeln.

Konsequent erscheint uns jedenfalls, dass der Gesetzgeber mit dem vorliegenden Entwurf der Bundesregierung das 1:1-Modell von Wertpapierhandelsgesetz- (WpHG) und GewO-Vertriebsweg des Koalitionsvertrages 2009 fortsetzt und beiden Vertriebswegen (zumindest im Grundsatz) die Möglichkeit einer gleichberechtigten „Honorar-Anlageberatung“ eröffnet.

1. Verhältnis Gesetzentwurf - Eckpunktepapier

Dem vorliegenden Entwurf der Bundesregierung ist im Gegensatz zum Eckpunktepapier des BMELV keine Aussage über das Verhältnis von Provisionsberatung einerseits und Honorarberatung andererseits zu entnehmen.

Nach dem Eckpunktepapier soll in einer Übergangsregelung festgelegt werden, dass bestehende Vertragsverhältnisse für einen begrenzten Zeitraum auf Provisionsbasis fortgeführt, neue Vertragsverhältnisse aber nur noch auf Honorarbasis begründet werden können.

Über die aufgeworfene Frage des Verhältnisses der Honorarberatung zur Provisionsberatung hinaus ist fraglich, in welcher Beziehung der nunmehr vorliegende Entwurf der Bundesregierung und

das Eckpunktepapier des BMLV im Allgemeinen stehen. Es ist nicht ersichtlich, ob und in welcher Form das Eckpunktepapier des BMLV mit dem nun vorgelegten Referentenentwurf abgestimmt ist.

2. Zeitpunkt für die Regelung der Honorarberatung

Der Zeitpunkt für die neue Regulierung der Honorarberatung ist ungünstig gewählt. Im Rahmen der Beratung zur Verabschiedung der MiFID II ist davon auszugehen, dass die Schlussabstimmung über die Richtlinie im Trilog zwischen der europäischen Kommission, dem europäischen Parlament und dem europäischen Rat innerhalb des ersten Halbjahres 2013 unter der irischen Ratspräsidentschaft erfolgt. Laut der Stellungnahme der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Nationalen Kontrollrates wird eine Umsetzung der MiFID II nach dem derzeitigen Verhandlungsstand für das Jahr 2015 erwartet (siehe Anlage 3).

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang etwa darauf, dass Artikel 24 MiFID II und die damit zusammenhängenden Beratungsfragen geändert wurden. So sieht Art. 24 Abs. 3a MiFID II in der Fassung vom 26. Oktober 2012 ausdrücklich vor, dass eine Anlageberatungsgesellschaft sowohl gegen Provision als auch gegen Honorar oder einer Mischform hieraus tätig werden kann, wobei sie jedoch verpflichtet ist, hierüber jeweils den Kunden transparent und umfassend zu informieren (der Text der MiFID II in der Fassung vom 26. Oktober 2012 ist im Internet abrufbar unter folgendem Link: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0406+0+DOC+XML+V0//DE>).

Wenn auch die MiFID II weiterhin nicht unmittelbar auf den "Grauen Kapitalmarkt" anwendbar ist (vgl. Art. 3 des Entwurfs der MiFID II), sollte dennoch darauf geachtet werden, dass im Rahmen einer 1:1-Behandlung der Vertriebswege WpHG und GewO keine Benachteiligung der Angehörigen des zweiten Vertriebswegs erfolgt und entsprechende Kombinationen sich auch im Gewerberecht niederschlagen.

3. Bezeichnung des Gesetzes

Der nunmehr vorliegende Gesetzentwurf hat im gewerberechtlichen Teil (Art. 3 Änderung der Gewerbeordnung) zu Recht den KWG-geprägten Begriff des "Finanzinstruments" durch "Finanzanlage" ersetzt. Allerdings hat sich diese Änderung nicht auf den Namen des Gesetzes ausgewirkt, zumal auch nicht alle Finanzinstrumente Finanzanlagen sind (Genossenschaftsanteile sind zwar keine Finanzinstrumente nach § 1 Abs. 11 KWG, wohl aber Finanzanlagen i. S. v. § 1 Abs. 2 VermAnlG).

Es müsste also richtig heißen: „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung und Regulierung einer Honorarberatung über Finanzinstrumente und Finanzanlagen (Honoraranlageberatungsgesetz)“.

B. Zu den Vorschriften im Einzelnen

1. Zu Artikel 1 - Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes

a.) Zu Nr. 3 - § 33 WpHG-E - Organisationspflichten

§ 33 Abs. 3a S. 1 WpHG-E sieht eine Verpflichtung von Honorar-Anlageberatern dahingehend vor, entweder ausschließlich Honorarberatung zu betreiben oder diese organisatorisch, funktional und auch personell von der sonstigen Anlageberatung getrennt zu erbringen.

Mit § 33 Abs. 3a S. 2 WpHG stellt der Gesetzgeber nunmehr klar, dass Interessenkonflikte auch nicht über eine Offenlegung nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG geheilt werden können. Aus unserer Sicht birgt die vorgesehene Neuregelung gerade für Kleinst-(Ein-Mann-Betriebe) und Kleinunternehmen große Probleme, da eine vollständige Trennung von Honorar- und Anlageberater nur sehr schwer zu realisieren sein dürfte. Es würde faktisch ein in verfassungsrechtlicher Hinsicht bedenklicher Zwang auferlegt, sich in relativ kurzer Zeit (innerhalb von 12 Monaten nach Inkrafttreten des Honoraranlageberatungsgesetzes) für eine Form der Beratung entscheiden und unter Umständen einen Teil des bisher ausgeübten Geschäftsbetriebes aufgeben zu müssen.

Um eine übermäßige Belastung der Gewerbetreibenden zu vermeiden, regen wir daher an, die bereits in dem Eckpunktepapier vorgesehene oder eine ähnlich konzipierte Übergangsregelung aufzunehmen, die für einen überschaubaren Zeitraum das Angebot von Honorarberatung und provisiionsgestützter Anlageberatung nach entsprechender Information des Kunden erlaubt. Zum Spannungsfeld § 33 Abs. 3a S. 1 WpHG-E und § 34h Abs. 1 GewO-E siehe auch das Verhältnis von § 34f Abs. 1 GewO zu § 34h Abs. 1 GewO-E.

b.) Zu Nr. 6 - § 36d WpHG-E - Bezeichnungen zur Honorar-Anlageberatung

Nach § 36d WpHG-E wird ein Bezeichnungsschutz für "Honoraranlageberater" in seiner unterschiedlichen Schreibweise eingeführt. Demnach dürfen sich nur Wertpapierdienstleistungsunternehmen Honorar-Anlageberater nennen, während die gewerblichen Vermittler die eher sperrige Bezeichnung "Honorar-Finanzanlagenberater" führen müssen. Eine verkürzte Wiedergabe wäre nicht zulässig; sie würde dem Bezeichnungsschutz zuwiderlaufen.

Wie sehen hier bereits jetzt wettbewerbsrechtliche Verfahren im Raum stehen, da fraglich ist, ob die Betroffenen hier das erforderliche Problembewusstsein für diese Trennschärfe mitbringen.

Wir regen an, auf den Bezeichnungsschutz im WpHG zu verzichten. In der Begründung zu § 34h GewO, wird im letzten Absatz argumentiert, dass ein Bezeichnungsschutz für gewerbliche Vermittler nicht erforderlich sei, weil Erlaubnisbedürftigkeit bestehe. Nach den Bestimmungen des WpHG werden Honorar-Anlageberater auch nach verschiedenen Kriterien geprüft und in ein Register eingetragen. Weshalb in diesem Fall ein expliziter Schutz der Bezeichnung notwendig sein soll, können wir nicht ohne Weiteres nachvollziehen. Es wird zumindest um eine Klarstellung in der Begründung gebeten.

2. Zu Artikel 3 - Änderung der Gewerbeordnung

a.) Zu Nr. 6 - § 34h GewO-E – Honorar-Finanzanlagenberater

(aa) Anlageberatung i. S. v. § 1 Abs. 1a Nr. 1a KWG

Wie schon im Erlaubnistatbestand des § 34f Abs. 1 GewO statuiert auch § 34h Abs. 1 S. 1 GewO-E eine Erlaubnispflicht für Anlageberatung i. S. v. § 1 Abs. 1a Nr. 1a KWG. Hier ist jedoch zu beachten, dass GewO (mit Auslegung der FinVermV) und KWG von einem unterschiedlichen Anlageberatungsbegriff ausgehen:

Nach der Legaldefinition der KWG-Bestimmung liegt eine Anlageberatung dann vor, wenn persönliche Empfehlungen an Kunden oder deren Vertreter, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen, gegeben werden, sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird und nicht ausschließlich über Informationsverbreitungs Kanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben wird. Spricht der Berater also keine Empfehlung auf Grund einer Vermögensanalyse des Anlegers aus, handelt es sich regelmäßig um keine Anlageberatung im Sinne des KWG. Der Gewerbetreibende, der also entgegen § 16 FinVermV seiner Explorationspflicht keine Folge leistet, hat es somit in der Hand, den Erlaubnistatbestand des § 34h Abs. 1 GewO-E nicht auszulösen. Es wird eine Überprüfung angeregt, ob der Hinweis auf die Legaldefinition der KWG-Bestimmung wirklich zielführend ist.

(bb) Problem: "... ohne von einem Produktgeber eine Zuwendung zu erhalten..."

Aus den Erfahrungen zu § 34e Abs. 1 S. 1 GewO sehen wir den Passus „ohne von einem Produktgeber eine Zuwendung zu erhalten oder in sonstiger Weise von ihm abhängig zu sein“ als proble-

matisch an. In der Praxis zu § 34e GewO haben sich hier folgende Fragestellungen ergeben, die für § 34h Abs. 1 S. 1 GewO-E ebenfalls Auslegungsfragen nach sich ziehen dürften:

- Kann ein Honorar-Finanzanlagenberater auch mit einem Finanzanlagenvermittler im Sinne von § 34f Abs. 1 GewO zusammenarbeiten?
- Ist im Verhältnis Finanzanlagenvermittler zu Honorar-Finanzanlagenberatern eine gesellschaftsrechtliche Lösung möglich? Kann also ein Gewerbetreibender als Einzelunternehmer eine Erlaubnis nach § 34f Abs. 1 GewO besitzen und gleichzeitig als Geschäftsführer einer juristischen Person eine Erlaubnis nach § 34h Abs. 1 GewO-E?
- Wie ist in Fällen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung zu verfahren? Kann also ein Honorar-Finanzberater an einer Finanzanlagenvermittler-Aktiengesellschaft beteiligt sein?
- Ist die Formulierung „in sonstiger Weise abhängig zu sein“ auf die gesamte berufliche Tätigkeit insgesamt oder nur einzelfallbezogen auf die konkrete, gerade stattfindende Beratungsleistung zu verstehen?

Generell stellt sich unserer Ansicht auch das Verhältnis zwischen § 34h Abs. 1 S. 1 GewO-E und § 34h Abs. 2 GewO-E als problematisch dar: Kann aus § 34h Abs. 2 a. E. GewO-E gefolgert werden, dass eine enge Verbindung des Anbieters bzw. Emittenten für eine Abhängigkeit im Sinne von § 34h Abs. 1 S. 1 GewO-E nicht maßgeblich ist?

(cc) Die Vergütungsform lässt keinen Rückschluss auf die Qualität der Beratung zu

In § 34h Abs. 1 S. 4 GewO-E legt der Gesetzgeber ein gleiches Niveau der Zulassungskriterien von Finanzanlagenvermittler (§ 34f GewO) und Finanzanlagenberater (§ 34h GewO-E) fest. Mittelbar kann daraus abgeleitet werden, dass aus der Form der Vergütung kein Rückschluss auf die Qualität der Beratung gezogen werden kann. Es ist deshalb fraglich, ob die Herkunft der Vergütung des Anlageberaters unterschiedliche Erlaubnistatbestände notwendig macht.

(dd) Verhältnis der "Alterlaubnis" nach § 34f GewO zur neuen Erlaubnis nach § 34h GewO-E

Durch § 34h Abs. 1 S. 5 GewO-E wird dem Gewerbetreibenden die Möglichkeit eröffnet, ohne erneute Überprüfung der Erlaubniskriterien eine Erlaubnis nach § 34h GewO zu erhalten. Nicht geregelt ist jedoch, was mit der bisherigen Erlaubnis nach § 34f GewO geschieht. So sieht beispielsweise § 157 Abs. 2 S. 5 GewO vor, dass eine Erlaubnis nach § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und/oder Nr. 3 GewO mit Erteilung einer neuen Erlaubnis nach § 34f GewO erlischt. Sofern dies der Fall sein sollte, wird die Aufnahme einer vergleichbaren Regelung vorgeschlagen. Hier ist jedoch auch die Kons-

tellation einzubeziehen, dass der Finanzanlagenvermittler die Erlaubnis nach § 34f GewO nicht vorlegt ("... unter Vorlage der Erlaubnisurkunde...").

Eng verbunden mit dieser Problematik ist die Frage, ob der Gewerbetreibende zwei Erlaubnisse nach § 34f GewO und § 34h GewO besitzen kann. Mit § 34h Abs. 2 S. 1 GewO-E hat der Gesetzgeber klargestellt, dass eine parallele Ausübung des Gewerbes des Finanzanlagenvermittlers nach § 34f und des Honorar-Finanzanlagenberaters nach § 34h GewO nicht zulässig ist. Eine solche Klarstellung ist (ungeachtet einer dadurch entstehenden Ungleichbehandlung der beiden Vertriebswege WpHG und GewO) grundsätzlich zu begrüßen, jedoch ist unklar, welche Folgerungen aus § 34h Abs. 2 S. 1 GewO-E gezogen werden können: Nach dem Wortlaut der Norm ist davon auszugehen, dass lediglich die Ausübung des Gewerbes (also eine doppelte Registrierung als Finanzanlagenvermittler nach § 34f und als Honorar-Finanzanlagenberater nach § 34h GewO-E) vom Gesetzgeber verhindert werden soll. Sollte schon auf Erlaubnisebene nach dem Willen des Gesetzgebers ein „Entweder-Oder-Verhältnis“ vorliegen, muss dies entsprechend klargestellt werden.

(ee) Probleme der Gleichbehandlung der Erlaubniskriterien "Sachkunde" und "Berufshaftpflicht"

§ 34h Abs. 1 S. 5 GewO stellt ferner klar, dass auch eine nachgewiesene Berufshaftpflichtversicherung als Finanzanlagenvermittler für eine Erlaubnis als Honorar-Finanzanlagenberater ausreicht. Dies erscheint im Hinblick auf den Umstand, dass ein Gewerbetreibender mit Erlaubnis nach § 34h GewO Finanzanlageberatung betreiben kann, sinnvoll. Allerdings sollte hier auch mit der Versicherungswirtschaft abgeklärt werden, ob hier der Versicherungsschutz als Finanzanlagenvermittler auch im Innenverhältnis zwischen Gewerbetreibendem und Versicherer ausreicht oder hier eine Rückgriffsmöglichkeit des Versicherers nach § 117 Abs. 5 VVG gegenüber dem Gewerbetreibenden besteht, der hier eventuell eine Obliegenheitsverletzung gemäß § 28 VVG begeht. Es handelt sich bei § 34h Abs. 1 S. 5 GewO somit nicht allein um ein gewerbe-, sondern auch zivilrechtliches Problem.

Bei § 34h Abs. 1 S. 5 GewO muss ferner berücksichtigt werden, dass die Anforderungen an die Sachkunde und an den Umfang des Versicherungsschutzes von den Produktkategorien abhängen. Eine Überprüfung der Sachkunde und des Versicherungsschutzes ist also immer dann notwendig, wenn der Gewerbetreibende über mehr Produktkategorien eine Gewerbeerlaubnis nach § 34h GewO-E beantragt als ihm für § 34f GewO erteilt wurden.

Beispiel: Der Gewerbetreibende erhält 2013 eine Erlaubnis für die Vermittlung von offenen Fonds (§ 34f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GewO). Nun legt er diese Erlaubnis 2014 vor und beantragt eine Erlaubnis

als Honorar-Anlageberater nach § 34h GewO-E für alle drei Produktkategorien. Hier sind in jedem Fall Sachkunde und Versicherungsschutz zu überprüfen. Deshalb kann die vorgelegte Erlaubnis nach § 34f GewO den Honorar-Finanzanlagenberater nur soweit privilegieren, als der Umfang der Produktkategorien gleich oder weniger ist.

(ff) Regelungslücke: Vereinfachtes Verfahren nach § 157 Abs. 2 und 3 GewO zu § 34h Abs. 1 S. 5 GewO-E

§ 34h Abs. 1 S. 5 GewO berücksichtigt ferner nur unzureichend das Spannungsfeld zwischen § 157 Abs. 3 S. 1 GewO und der Erlaubniserteilung nach § 34h GewO. Hat ein Finanzanlagenvermittler im Wege des vereinfachten Verfahrens gemäß § 157 Abs. 2 S. 1 GewO eine Erlaubnis nach § 34f GewO erhalten, muss er die Sachkunde bis zum 1. Januar 2015 der zuständigen Erlaubnisbehörde nachweisen. Tut er dies nicht, erlischt seine Erlaubnis nach § 34f GewO, soweit die Sachkunde nicht nachgewiesen wurde. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von § 157 Abs. 3 S. 1 GewO würde dies aber nicht für eine Erlaubnis nach § 34h GewO gelten. Eine entsprechende Regelung sollte hier in jedem Falle erfolgen.

(gg) „Einbahnstraßenregelung“

Unklar ist, warum der Gewerbetreibende zwar bei der Umstellung von § 34f GewO auf § 34h GewO-E begünstigt wird, nicht aber bei einem (umgekehrten) Wechsel vom Honorar-Finanzanlagenberater zum Finanzanlagenvermittler.

(hh) Verhältnis einer Anlageberatung nach § 34f GewO und § 34h GewO

Unklar ist, welchen Einfluss § 34h GewO auf eine Anlageberatung durch einen Finanzanlagenvermittler nach § 34f GewO nach sich zieht. Bedeutet § 34h Abs. 3 S. 1 GewO, dass eine Honorarberatung durch einen Finanzanlagenvermittler mit entsprechender Vergütung des Anlegers nicht mehr möglich sein soll? Gilt dies auch dann, wenn der Finanzanlagenvermittler rein im Bereich Anlageberatung tätig werden möchte?

(ii) Keine 1:1-Umsetzung der WpHG-Bestimmungen im Gewerberecht

Während § 33 Abs. 3a WpHG-E die Möglichkeit zur Honorar-Anlageberatung auch dann eröffnet, wenn diese organisatorisch, funktional und personell von der übrigen Anlageberatung getrennt ist, gibt es diese Möglichkeit im Gewerberecht nicht.

Mit § 31 Abs. 4b Nr. 3 WpHG-E führt der Gesetzgeber eine Unterscheidung zwischen monetären und nicht monetären Zuwendungen ein, übernimmt diese Unterscheidung jedoch nicht in § 34h Abs. 3 GewO-E. Hierzu wird eine Klarstellung in der Begründung angeregt.

(jj) Rückabwicklung von ausgekehrten Zuwendungen

Bei § 34h Abs. 3 S. 2 GewO-E sehen wir bei der Rückabwicklung Probleme: Erhält der Berater Zuwendungen, so sind diese in diesem Fall unverzüglich und ungemindert an den Kunden auszukehren. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen der Anleger von einem Vermittlungsauftrag zurücktritt (z. B. § 18 Abs. 3 S. 2 FinVermV). Sofern eine Provision bereits vom Berater an den Anleger weitergegeben wurde, ist fraglich, ob der Berater hier mit dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Anlegers belastet werden darf oder ob hier die Grundsätze des § 822 BGB anzuwenden sind. In jedem Fall sollte auch hier dem Interesse des Produktgebers an einer Rückzahlung im Falle einer Rückabwicklung Rechnung getragen werden.

(kk) Verhältnis Weitergabe von Zuwendungen und Honorarberatungsanspruch

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 34h Abs. 3 S. 2 GewO-E hat der Gewerbetreibende erhaltene Zuwendungen unverzüglich an den Anleger auszukehren. Gilt dies auch dann, wenn hier Honorarforderungen gegen den Anleger bestehen, mit denen der Honorar-Finanzanlagenberater aufrechnen könnte? Wir halten auch zu diesem Punkt eine Klarstellung in der Begründung für sinnvoll.

(II) Fondsgebundene Lebensversicherungen fallen ausschließlich unter §§ 34d/e GewO

Nach der aktuellen Literatur (z. B. Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Auflage, § 34d Rn. 16 sowie Landmann-Rohmer, GewO, Band 1, 61. EL, § 34c Rn. 40) fallen fondsgebundene Lebens- und Rentenversicherungen ausschließlich unter § 34d GewO. Gegen eine doppelte Erlaubnispflicht nach § 34e GewO und § 34h Abs. 1 GewO-E spricht nunmehr auch § 34h Abs. 3 GewO: Während beim Versicherungsberater ein Provisionsannahmeverbot besteht (vgl. § 34e Abs. 3 S. 1 GewO), hat der Honorar-Finanzanlagenberater erhaltene Zuwendungen unverzüglich weiterzuleiten. Würde der Gewerbetreibende hier unter beide Bestimmungen fallen, so dürfte er die Provisionen einerseits

nicht annehmen, müsste sie jedoch andererseits an den Anleger weiterleiten. Um diesen Widerspruch zu vermeiden, sollte klargestellt werden, dass fondsgebundene Lebensversicherungen bis zu einer Änderung der EU-Gesetzgebung allein von § 34e GewO erfasst werden.

3. Zu Artikel 5 (Inkrafttreten)

Aus Art. 5 Nr. 4 folgt, dass die gewerberechtlichen Vorschriften ein Jahr nach Verkündung des Gesetzes in Kraft treten. Aus den Erfahrungen mit der Umsetzung des Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts handelt es sich auch beim Erlaubnistatbestand des § 34h GewO um eine relativ kurze Frist, wenn man bedenkt, dass nicht nur die entsprechende landesrechtliche Zuständigkeitsbestimmung (§ 155 Abs. 2 GewO) angepasst, sondern auch die weiteren Rahmenbedingungen (z. B. Gebührentatbestände) geschaffen werden müssen.

Ansprechpartnerin im DIHK

Dr. Mona Moraht

Bereich Recht

Leiterin des Referats Gewerberecht

Anlagen

- DIHK-Stellungnahme vom 21. November 2012 zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen Entwurf eines Gesetzes zur Förderung und Regulierung einer Honorarberatung über Finanzinstrumente (Honoraranlageberatungsgesetz)
- DIHK Stellungnahme vom 1. September 2011 zur Qualitätsoffensive Verbraucherfinanzen - Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung des Berufsbildes der Honorarberatung des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV)

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen Entwurf eines Gesetzes zur Förderung und Regulierung einer Honorarberatung über Finanzinstrumente (Honoraranlageberatungsgesetz)

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem o.g. Referentenentwurf.

Ergänzend zu unseren Ausführungen beziehen wir uns auf die DIHK-Stellungnahme vom 01. September 2011 zur Qualitätsoffensive Verbraucherfinanzen – Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung des Berufsbildes der Honorarberatung des BMELV.

A. Allgemeine Anmerkungen

Unterstützt werden die Bestrebungen des Gesetzgebers, dem Kunden die Wahl zwischen provisionsbasierter und ausschließlich honorargestützter Anlageberatung zu eröffnen.

Eine ausschließliche Konzentration auf ein Honorarberatungsmodell wird Fehl- und Falschberatungen nicht verhindern. Es sollte ein ausgewogenes Nebeneinander von Provisions- und Honorarberatung geben. Vor der Entscheidung, ob "Honorarfinanzberatung" überhaupt gesetzlich reguliert werden sollte, ist jedoch eine Abgrenzung zu bereits bestehenden gesetzlich reglementierten Tätigkeiten, wie z. B. Versicherungsvermittler und -berater, erforderlich. Regulierungsvorhaben dürfen nicht als Marktzutrittsbarriere wirken und sind daher zwingend unter dem Aspekt der Gewerbefreiheit auf Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu prüfen. Befürwortet wird der Schutz für die Bezeichnung „Honorarfinanzberater“ bzw. „Finanzberater“ durch gesetzliche Definition. Ein Finanzberater sollte unabhängig sein und sich bei seiner Tätigkeit nur an den Interessen und Zielen des Kunden orientieren.

Begrüßt wird die Klarstellung des Gesetzgebers, dass die neuen Tatbestände „Honorar-Anlageberater“ bzw. „Honorar-Finanzanlagenberater“ von der freiwilligen Entscheidung des Unternehmens abhängen (S. 2). Daraus wird geschlossen, dass entgegen dem Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) aus dem Jahre 2011 durch den vorliegenden Referentenentwurf keine Entscheidung für das eine oder andere Vergütungsmodell getroffen wurde und es somit dem Markt überlassen bleibt, auf welche Art die Vergütung erfolgen soll.

Auch wenn mit dem derzeit auf dem Markt überwiegend praktizierten provisionsgestützten Vermittlungssystem Interessenkonflikte beim Vertrieb von Finanzinstrumenten einhergehen können, wird die Ansicht vertreten, dass Defizite bei der Erbringung von Beratungsleistungen nicht an einem möglicherweise bestehenden Ertrags- und Vertriebsdruck von Provisionsberatern festzumachen sind und darüber hinaus Interessenkonflikte gem. § 13 Abs. 5 Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV) ohnehin offenzulegen sind. Dem mündigen Verbraucher ist die Möglichkeit zu eröffnen, sich unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls (finanzielle Leistungsfähigkeit, individuelles Anlagevolumen etc.) für oder gegen das Honorarberatungsmodell zu entscheiden.

Wie bereits in unserer Stellungnahme vom 01. September 2011 zur Qualitätsoffensive Verbraucherfinanzen - Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung des Berufsbildes der Honorarberatung des BMELV - dargestellt (siehe Anlage), ist bei der Regulierung des Berufsstandes des „Honorar-Anlageberaters“ zu berücksichtigen, dass entsprechende Dienstleistungen im Vergleich zum Modell der provisionsgestützten Anlageberatung auf dem Markt eine lediglich marginale Rolle gespielt haben und bis heute nur vereinzelt nachgefragt werden. Im Bereich Versicherungsvermittlung und -beratung waren als Versicherungsberater i. S. v. § 34e Gewerbeordnung (GewO) bis Oktober 2012 bundesweit 252 Unternehmen registriert. Stellt man diese Zahl der Gesamtsumme aller Versicherungsvermittler i. S. v. § 34d Abs. 1 GewO gegenüber - hier sind mit Stand zum 28.09.2012 bundesweit 254.609 Unternehmen registriert - so ergibt dies ein Verhältnis von ca. 1:1000. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Marktstrukturen in der Finanzbranche entwickeln.

Konsequent erscheint, dass der Gesetzgeber mit dem vorliegenden Referentenentwurf das 1:1 Modell von Wertpapierhandelsgesetz- (WpHG) und GewO-Vertriebsweg des Koalitionsvertrages 2009 fortsetzt und beiden Vertriebswegen zumindest im Grundsatz die Möglichkeit einer gleichberechtigten „Honorar-Anlageberatung“ eröffnet.

Im Folgenden werden einige besonders relevante Gesichtspunkte des vorgelegten Referentenentwurfs aufgegriffen. Im Übrigen wird - zur Vermeidung von Wiederholungen - auf die vorgenannte Stellungnahme des DIHK vom 01. September 2011 verwiesen.

1. Verhältnis Referentenentwurf - Eckpunktepapier

Dem vorliegenden Referentenentwurf ist im Gegensatz zu dem Eckpunktepapier des BMELV keine Aussage über das Verhältnis von Provisionsberatung einerseits und Honorarberatung andererseits zu entnehmen.

Zudem ist fraglich, in welcher Beziehung der vorliegende Referentenentwurf des BMF und das Eckpunktepapier des BMLV im Allgemeinen stehen. Es ist nicht ersichtlich, ob und in welcher Form das Eckpunktepapier des BMLV mit dem nun vorgelegten Referentenentwurf abgestimmt ist.

In dem Eckpunktepapier (siehe hierzu S. 4, Punkt 8) wird vorgeschlagen, in einer Übergangsregelung festzulegen, dass bestehende Vertragsverhältnisse für einen begrenzten Zeitraum auf Provisionsbasis fortgeführt, neue Vertragsverhältnisse jedoch nur noch auf Honorarbasis begründet werden können. Eine solche Regelung fehlt in dem vorliegenden Entwurf.

2. Redaktionelles

Die Verweisung des § 36 Abs. 4 WpHG-E auf § 31 Abs. 4b bis 4d WpHG-E ist offensichtlich fehlerhaft, da nach § 31 Abs. 4a lediglich die Absätze 4b bis 4c eingefügt werden sollen (siehe hierzu S. 4 des Entwurfs).

3. Bestehende Regelwerke anpassen

Begrüßt wird die Absicht des Gesetzgebers, für das neue Berufsbild kein eigenes Gesetz zur Honorarberatung zu schaffen, sondern die bestehenden Regelwerke (GewO, WpHG, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) etc.) entsprechend anzupassen. So kann einerseits erheblicher zusätzlicher Arbeitsaufwand durch die Erarbeitung eines neuen Gesetzes vermieden, andererseits sichergestellt werden, dass die unterschiedlichen Anforderungen an die Berufsgruppe der Honorar-Anlageberater, die sich aus Versicherungsberatern, Anlageberatern und nicht zuletzt Darlehensberatern zusammensetzt, in den jeweils einschlägigen Gesetzen verortet werden.

4. Erfüllungsaufwand der Wirtschaft

Ausweislich der auf Seite 3 dargestellten Begründung des Gesetzentwurfs hängen die Bürokratiekosten für Finanzanlagenberater von der konkreten Ausgestaltung der Änderung der FinVermV ab. Wir behalten uns insofern eine Stellungnahme für die Änderung des Verordnungsentwurfs vor.

Zudem wird vorsorglich darauf hingewiesen, dass die unter E.2 genannten Kosten für die Erlaubniserteilung nach § 34h GewO-E im Falle der Erlaubniszuständigkeit der Industrie- und Handelskammern (IHKs) aufwandsabhängig berechnet werden und deshalb vom Gesetzgeber keine Regelung zu den entsprechenden Gebühren getroffen werden kann.

Bei den Einmalaufwendungen der gewerblichen Honorar-Finanzanlagenberater fehlen die Kosten für die Erlaubniserteilung.

Nicht aufgeführt sind die Kosten, die Finanzanlagenvermittlern, die bereits eine Erlaubnis nach § 34f GewO besitzen, entstehen. Diese müssen ggf. eine neue Erlaubnis und Registrierung beantragen und ihr Gewerbe kostenpflichtig ummelden bzw. erweitern.

5. Erfüllungsaufwand der Verwaltung

In der Gesetzesbegründung wird von einer Prüfungsgebühr für den Sachkundenachweis in Höhe von ca. 400 Euro sowie von einer Gebühr von 25 bis 40 Euro für die Eintragung in das Honoraranlageberaterregister ausgegangen. Diese Zahlen sind der vergleichbaren Tätigkeit der IHKs für Versicherungsvermittler und -berater entnommen. Es muss aber darauf hingewiesen werden, dass noch nicht sichergestellt ist, ob dieser Kostenrahmen gehalten werden kann. Insbesondere sind noch keine Entwürfe der geplanten Verordnung bekannt, die die Details hinsichtlich Prüfungsinhalt und Umfang regeln.

Im Übrigen erscheinen die Kostenermittlungen zu Lasten der Unternehmen im Diskussionsentwurf etwas „optimistisch“. Anders als noch im ursprünglichen Entwurf des Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts werden zwar die mit der Prüfpflicht der persönlichen Zuverlässigkeit für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einhergehenden Kosten berücksichtigt. Ob 40 Euro hierbei ein realistischer Wert sind, erscheint jedoch fraglich.

Die Gebühren für die Erlaubniserteilung finden Erwähnung auf Seite 15 der Entwurfsbegründung. Genau beziffert werden diese jedoch nicht. Sie dürften aber einen nicht unerheblichen Teil der auf die betroffenen Unternehmen zukommenden Kosten ausmachen.

In diesem Zusammenhang wird darauf aufmerksam gemacht, dass die IHKs Gebühren erheben, die nicht über die Kostendeckung hinausgehen. So beträgt beispielsweise die Gebührenbelastung für die von den IHKs durchgeführte Erlaubniserteilung für Versicherungsvermittler und -berater, also einem vergleichbaren Verfahren, ca. 200 bis 300 Euro. Typischerweise orientieren sich die Gebühren anderer Erlaubnisbehörden für gewerberechtliche Verfahren nicht an der Kostendeckung, sondern am Äquivalenzprinzip. Wenn also über die voraussichtliche Kostenbelastung der betroffenen Gewerbetreibenden nachgedacht wird, sollte dieser Gesichtspunkt als ein wesentlicher Kostenfaktor nicht außer Acht gelassen werden. Zur Vermeidung von für die Betroffenen kaum vermittelbaren Gebührenspreizungen könnte der Gesetzgeber vorgeben, dass die Gebühren nicht über die Kostendeckung hinausgehen dürfen.

Durch die neuen umfangreichen Informations-, Beratungs-, und Dokumentationspflichten entsteht den Betroffenen weiterer hoher Zeit- und Kostenaufwand, der sich zum jetzigen Zeitpunkt in seinem

vollen Ausmaß kaum beziffern lässt und bei dem fraglich ist, ob die vorwiegend kleinen und mittleren Anbieter dies leisten können.

Schließlich ist davon auszugehen, dass die Gewerbetreibenden die gestiegenen Kosten an die Verbraucher weiterreichen werden, so dass mit Auswirkungen auf das Verbraucherpreisniveau zu rechnen ist.

II. Zu den Regelungen im Einzelnen

1. Zu Artikel 1 - Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes

a. Zu Nr. 2 - § 31 WpHG-E

Nach Nr. 2 a muss der Honorarberater seiner Empfehlung eine hinreichende Anzahl von auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten zugrunde legen. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der zu Lasten des Wertpapierdienstleistungsunternehmens geht. Positiv zu bemerken ist, dass im Absatz 4c vorgesehen ist, dass auch die eigenen Finanzinstrumente angeboten werden dürfen.

b. Zu Nr. 3 –§ 33 Abs. 3a WpHG-E

§ 33 Abs. 3a S. 1 WpHG-E sieht eine Verpflichtung von Honorar-Anlageberatern dahingehend vor, entweder ausschließlich Honorarberatung zu betreiben oder diese organisatorisch, funktional und auch personell von der sonstigen Anlageberatung getrennt zu erbringen.

Die vorgesehene Neuregelung birgt insbesondere für kleinere Betriebe Probleme, da eine vollständige Trennung von Honorar- und Anlageberatung nur schwer zu realisieren sein dürfte. Es würde faktisch ein in verfassungsrechtlicher Hinsicht bedenklicher Zwang auferlegt, sich in relativ kurzer Zeit (innerhalb von 12 Monaten nach Inkrafttreten des Honoraranlageberatungsgesetzes) für eine Form der Beratung entscheiden und unter Umständen einen Teil des bisher ausgeübten Geschäftsbetriebes aufgeben zu müssen. Um eine übermäßige Belastung der Gewerbetreibenden zu vermeiden, wird angeregt, die bereits im Eckpunktepapier des BMELV vorgesehene (siehe hierzu S. 4, Punkt 8) oder eine ähnlich konzipierte Übergangsregelung aufzunehmen, die für einen überschaubaren Zeitraum das Angebot von Honorarberatung und provisionsgestützter Anlageberatung nach entsprechender Information des Kunden erlaubt. Zum Spannungsfeld § 33 Abs. 3a S. 1 WpHG-E und § 34h Abs. 1 GewO-E siehe auch Verhältnis von § 34f Abs. 1 GewO zu § 34h Abs. 1 GewO-E.

Es wird darüber hinaus darauf hingewiesen, dass die Regelung in der Praxis zu Abgrenzungsfragen führen wird. Fraglich ist etwa, ob sich Arbeitnehmer nicht mehr vertreten dürfen. Dies führt voraussichtlich bei personell schwach besetzten Filialen zu Problemen. Auch ist nicht erkennbar, ob dadurch ein zeitlich befristeter Einsatz verboten werden soll. In der Begründung ist klargestellt, dass jeweils der direkte Vorgesetzte nur für eine Abteilung zuständig sein darf, was als ausreichende Trennung erscheint. Eine entsprechende Klarstellung dazu sollte in die Begründung mit aufgenommen werden.

c. Zu Nr. 5 - § 36c WpHG-E Register über Honorar-Anlageberater

Klärungsbedarf besteht hinsichtlich der nach § 36c Abs. 1 bis 3 WpHG-E vorgesehenen Eintragung in das und Löschung aus dem Honorar-Anlageberater-Register.

Ausweislich des vorliegenden Referentenentwurfs kann die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) die Eintragung nicht nur im Falle eines Widerrufs der Erlaubnis nach § 32 KWG löschen (vgl. § 36c Abs. 3 WpHG-E), sondern auch, wenn ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen nachhaltig gegen die Bestimmungen des § 31 Absatz 4b bis 4c (betrifft insbesondere Empfehlungen von Finanzinstrumenten, deren Anbieter oder Emittenten in wirtschaftlicher Verflechtung zum Wertpapierdienstleistungsunternehmen stehen sowie die Ausführung von Festpreisgeschäften) oder des § 33 Absatz 3a (Trennung von Honorar-Anlageberatung und sonstiger Anlageberatung) oder die zu ihrer Durchführung erlassenen Verordnungen oder Anordnungen verstoßen hat (vgl. § 36c Abs. 4 WpHG-E).

Weder dem Wortlaut des Gesetzentwurfs noch der Begründung (siehe hierzu S. 18 des Entwurfs) sind Ausführungen zu entnehmen, welche Schritte bei tatsächlicher Löschung aus dem Register zu vollziehen sind.

d. Zu Nr. 6 - § 36d WpHG-E Bezeichnungen zur Honorar-Anlageberatung

Nach § 36d WpHG-E wird ein Bezeichnungsschutz für "Honoraranlageberater" in seiner unterschiedlichen Schreibweise eingeführt. Demnach dürfen sich nur Wertpapierdienstleistungsunternehmen Honorar-Anlageberater nennen, während die gewerblichen Vermittler nur die eher „sperrige“ Bezeichnung "Honorar-Finanzanlagenberater" führen können. Eine verkürzte Wiedergabe wäre nicht zulässig; sie würde dem Bezeichnungsschutz zuwiderlaufen. Hier wird bereits jetzt die Gefahr einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnwelle gesehen, da fraglich ist, inwieweit in der Praxis und bei den Verbrauchern Problembewusstsein für diese Trennschärfe vorhanden wird.

In der Begründung zu § 34h GewO-E letzter Absatz (S. 20) wird argumentiert, dass ein Bezeichnungsschutz für gewerbliche Vermittler nicht erforderlich sei, weil Erlaubnisbedürftigkeit besteht. Nach den Bestimmungen des WpHG werden aber auch Honorar-Anlageberater nach verschiedenen Kriterien geprüft und in ein Register eingetragen. Weshalb hier kein Gleichklang mit den Bestimmungen für die gewerblichen Vermittler erfolgt, bleibt insofern unklar. Es wird um Klarstellung gebeten.

2. Zu Artikel 3 - Änderung der Gewerbeordnung)

a. zu Nr. 2 – Änderung des § 11a GewO

Grundsätzlich wird die Regelung, Honorarberater auch im Vermittlerregister zu erfassen, begrüßt. Da für die Daten- und Informationsübermittlung die Erlaubnisbehörden ermächtigt sind, die entsprechenden Informationen an die IHK zu übermitteln, ist gewährleistet, dass die IHK die notwendigen Informationen für die Eintragung erhält. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die eventuell unterschiedlichen Zuständigkeiten hinsichtlich Erlaubniserteilung und Registerführung zu unnötigen Mehrkosten führen können, da hier der Verwaltungsaufwand auf beiden Seiten steigen wird.

§ 11a Abs. 1 S. 1 soll die Formulierung "... und § 34h Abs. 1 S. 4" erhalten. Im Gleichklang mit den Regelungen des § 34d/e GewO wird die Formulierung „... auch in Verbindung mit § 34h Abs. 1 S. 4“ vorgeschlagen.

Es wird zudem angeregt, die Änderung des § 11a Abs. 3 GewO in § 11a Abs. 3a GewO vorzunehmen, da sich hier ein inhaltlicher Bezug zum Finanzanlagenvermittler ergibt.

b. zu Nr. 6 - § 34h GewO-E Honorar-Finanzanlagenberater

(aa) Verhältnis von § 34f Abs. 1 GewO zu § 34h Abs. 1 GewO-E

Da in dem Gesetzestext kein ausdrückliches Verbot enthalten ist, wird derzeit davon ausgegangen, dass ein Gewerbetreibender sowohl eine Erlaubnis nach § 34f als auch § 34h GewO erhalten kann. Er muss dann seine Kunden jeweils darauf hinweisen, in welcher Funktion er tätig wird. In der Praxis wird sich kaum ein Gewerbetreibender ausschließlich von der Honorarberatung finanzieren können. Insofern ist davon auszugehen, dass die Honorarberatung nebenher betrieben werden wird. Das kann jedoch dazu führen, dass die bisherige Anlageberatung, die für den Kunden kostenfrei im Hinblick auf eine spätere Vermittlung durchgeführt wurde, zukünftig kostenpflichtig wird.

Letztlich bleibt aber nach dem derzeitigen Wortlaut des Entwurfs das Verhältnis zwischen Finanzanlagenvermittler und Honorar-Finanzanlagenberater unklar. Aus der Begründung geht nicht hervor, ob es sich um ein Entweder-Oder-Verhältnis handelt. Vielmehr könnte hier mit Hinweis auf S. 1 des Referentenentwurfs („... zusätzlich zur bisherigen Anlageberatung...“) davon ausgegangen werden, dass die Erlaubnis als Honorar-Finanzanlagenberater zusätzlich zur Erlaubnis als Finanzanlagenvermittler beantragt werden kann und der Gewerbetreibende dann auch zwei Registrierungsnummern erhalte.

Gemäß § 33 Abs. 3a S. 1 WpHG-E darf ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Anlageberatung nur dann als Honorar-Anlageberatung erbringen, wenn es ausschließlich Honorar-Anlageberatung erbringt oder es die Honorar-Anlageberatung organisatorisch, funktional und personell von der übrigen Anlageberatung trennt. Es stellt sich insofern die Frage, ob im Umkehrschluss für den gewerberechtlichen Bereich darauf geschlossen werden kann, dass eine solche Trennung hier nicht notwendig ist oder ob eine solche Aufspaltung für den Honorar-Finanzanlagenberater überhaupt nicht möglich sein kann.

Unterstellt, dass eine „gemischte Tätigkeit“ von Finanzanlagenvermittler und Honorar-Finanzanlagenberater ähnlich wie im Verhältnis Versicherungsvermittler zum Versicherungsberater zu behandeln und somit nicht möglich ist, bleiben auch bei dieser Auslegung Fragen offen. Der Bereich Finanzdienstleistung unterscheidet sich von demjenigen der Versicherungsvermittler und -berater dadurch, dass in §§ 34f Abs. 1 und 34h Abs. 1 GewO auch eine Aufteilung in Produktkategorien möglich ist. Fraglich ist also, ob ein einzelner Unternehmer beispielsweise nach § 34f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GewO als Finanzanlagenvermittler tätig werden und zusätzlich als Honorar-Finanzanlagenberater für den Bereich geschlossene Fonds in Form einer Kommanditgesellschaft nach § 34h Abs. 1 S. 4 GewO-E i. V. m. § 34f Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GewO am Markt auftreten kann.

Aus den Erfahrungen zu § 34e Abs. 1 S. 1 GewO wird der Passus „ohne von einem Produktgeber eine Zuwendung zu erhalten oder in sonstiger Weise von ihm abhängig zu sein“ ebenfalls als problematisch angesehen. In der Praxis zu § 34e GewO haben sich hier folgende Fragestellungen ergeben, die für § 34h Abs. 1 S. 1 GewO-E ebenfalls Auslegungsfragen nach sich ziehen dürften:

- Kann ein Honorar-Finanzanlagenberater auch mit einem Finanzanlagenvermittler i. S. v. § 34f Abs. 1 GewO zusammenarbeiten?
- Ist im Verhältnis Finanzanlagenvermittler zu Finanzanlagenberater eine gesellschaftsrechtliche Lösung möglich? Kann also ein Gewerbetreibender als Einzelunternehmer eine Erlaubnis nach § 34f Abs. 1 GewO besitzen und gleichzeitig als Geschäftsführer einer juristischen Person eine Erlaubnis nach § 34h Abs. 1 GewO-E erhalten?

- Wie ist in Fällen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung zu verfahren? Kann also ein Honorar-Finanzberater an einer Finanzanlagenvermittler-Aktiengesellschaft beteiligt sein?
- Ist die Formulierung „in sonstiger Weise abhängig zu sein“ auf die gesamte berufliche Tätigkeit insgesamt oder nur einzelfallbezogen auf die konkrete, gerade stattfindende Beratungsleistung zu verstehen?

Generell stellt sich auch das Verhältnis zwischen § 34h Abs. 1 S. 1 GewO-E und § 34h Abs. 2 GewO-E als problematisch dar: Kann aus § 34h Abs. 2 a. E. GewO-E geschlossen werden, dass eine enge Verbindung des Anbieters bzw. Emittenten für eine Abhängigkeit i. S. v. § 34h Abs. 1 S. 1 GewO-E nicht maßgeblich ist?

(bb) Zuständige Erlaubnisbehörde

Kritisch gesehen wird, dass der Gesetzgeber hier – ebenso wie bei der Regulierung des § 34f GewO - keine Entscheidung bezüglich der zuständigen Behörde trifft, sondern die entsprechende Verortung den Ländern überlässt. Eine einheitliche Zuständigkeit für die Sachkundeprüfung, die Registerführung und das Erlaubnisverfahren wird im Hinblick auf eine bürokratiearme Umsetzung und den Gedanken des „One-Stop-Shop“ – Service aus einer Hand - für unabdingbar erachtet. Einander überschneidende Zuständigkeiten führen zu zusätzlichem Zeit- und damit Kostenaufwand und sorgen für eine Fehleranfälligkeit an den „Schnittstellen“. Für eine Lösung der IHKs als zuständiger Erlaubnisbehörde spricht die Tatsache, dass die IHKs auch Registrierungsbehörde werden sollen und eine Bündelung der Aufgaben Erlaubniserteilung und Registrierung an einer Stelle sinnvoll und praktikabel ist. Daneben spricht die Nähe zu den Finanzanlagenvermittlern für eine Zuständigkeit der IHKs, zumindest in den Bundesländern, in denen die IHK auch Erlaubnisbehörde für die Finanzanlagenvermittler ist. Die Zahl der neu in den Markt eintretenden Honorar-Finanzanlagenberater kann zur Zeit zwar nicht abgeschätzt werden. Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass als Berater im Wesentlichen Finanzanlagenvermittler tätig werden, die bereits am Markt tätig sind, so dass die Erlaubniserteilung aufgrund der bereits bestehenden § 34f GewO-Erlaubnis einfach möglich ist, wenn für beide Erlaubniserteilungen dieselbe Behörde zuständig ist. Zudem hat die individuelle Regelung durch die Länder bei den Finanzanlagenvermittlern gezeigt, dass der Entscheidungsprozess viel Zeit in Anspruch nimmt und die Zuständigkeiten beim Inkrafttreten der Vorschriften teilweise noch ohne Rechtsgrundlage sind. Zudem ist es dem Gewerbetreibenden nicht zumutbar, neben den bundeslandspezifischen Unterschieden nun auch noch zwei unterschiedliche Behörden für § 34 f und h GewO aufzusuchen. Eine Klärung würde sich für die Umsetzung des Erlaubnisverfahrens als zeitsparend erweisen.

(cc) Sachkunde der bei dem Gewerbetreibenden Beschäftigten

Die Übernahme der Kriterien aus dem Bereich des Erlaubnisverfahrens für Finanzanlagenvermittler über den Verweis auf § 34f Abs. 2 bis 6 in § 34h Abs. 1 erscheint grundsätzlich sinnvoll. Kritisch gesehen wird jedoch, dass auch alle im Beratungsgeschäft mitwirkenden Personen die erforderliche Sachkunde in einer Prüfung nachweisen müssen. Die für Versicherungsvermittler und –berater in § 34d GewO getroffene Regelung, wonach diese „lediglich“ für eine angemessene Qualifikation ihrer Angestellten sorgen müssen, sollte ausreichen. Überdies werden Schwierigkeiten im Hinblick auf die Interpretation der Frage welche Personen als bei der Beratung direkt mitwirkende Personen anzusehen sind, gesehen.

(dd) Delegation der Sachkunde

Darüber hinaus sieht § 34d GewO unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit vor, dass zwar nicht der Gewerbetreibende selbst, aber sein fachlich verantwortlicher Mitarbeiter die erforderliche Sachkunde besitzt. Eine ähnliche Regelung sollte auch für den Bereich des § 34h GewO gelten. Besondere Risiken aus Verbrauchersicht werden insofern nicht gesehen, weil die Verantwortung des Gewerbetreibenden dadurch nicht entfällt und die Haftpflichtversicherung für zusätzliche Sicherheit sorgt.

(ee) Zuverlässigkeitsprüfung der Angestellten durch den Gewerbetreibenden

Zudem sollte im Gesetz konkretisiert werden, welche Anforderungen an die „Zuverlässigkeitsprüfung“ der Angestellten durch den Gewerbetreibenden gestellt werden, insbesondere da der gewerberechtliche Begriff der „Zuverlässigkeit / Unzuverlässigkeit“ in der Gewerbeordnung häufig mit bestimmten Merkmalen verbunden ist. Wenn eine Behörde die persönliche Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden etwa durch Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses überprüft, genießen die davon betroffenen Bürgerinnen und Bürger den Schutz der strafrechtlichen Sanktionierung der Verletzung des Amtsgeheimnisses. Einen Gewerbetreibenden dazu zu verpflichten, weitgehende Recherchen über die persönlichen Verhältnisse seiner Beschäftigten durchzuführen, ist dagegen anders zu bewerten und steht im Widerspruch zu den Bemühungen des Gesetzgebers, über ein Mitarbeiterdatenschutzgesetz genau dies zu verhindern. Insofern sollte diese Anforderung aus dem Gesetz gestrichen werden.

(ff) Bestandsschutz

Im Hinblick auf die Sachkunde sollte unter dem Gesichtspunkt des Bestandsschutzes eine „Alte-Hasen-Regelung“ aufgenommen werden werden. Anbieten würde sich insofern eine entsprechende Regelung in § 157 GewO

(gg) Vereinfachtes Erlaubnisverfahren

Nicht aus dem Gesetzentwurf ersichtlich ist, ob es Vereinfachungen im Erlaubnisverfahren für Gewerbetreibende gibt, die bereits im Besitz einer § 34 f-Erlaubnis sind.

(hh) Anlageberatung i. S. v. § 1 Abs. 1a Nr. 1a KWG

Wie schon im Erlaubnistatbestand des § 34f Abs. 1 GewO, statuiert auch § 34h Abs. 1 S. 1 GewO-E eine Erlaubnispflicht für Anlageberatung i. S. v. § 1 Abs. 1a Nr. 1a KWG. Hier ist jedoch zu beachten, dass GewO (mit Auslegung der FinVermV) und KWG von einem unterschiedlichen Anlageberatungsbegriff ausgehen:

Nach der Legaldefinition der KWG-Bestimmung liegt eine Anlageberatung dann vor, wenn persönliche Empfehlungen an Kunden oder deren Vertreter, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen, gegeben werden, sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird und nicht ausschließlich über Informationsverbreitungskanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben wird. Spricht der Berater also keine Empfehlung auf Grund einer Vermögensanalyse des Anlegers aus, handelt es sich regelmäßig um keine Anlageberatung im Sinne des KWG. Der Gewerbetreibende, der also entgegen § 16 FinVermV seiner Explorationspflicht keine Folge leistet, hat es somit in der Hand, den Erlaubnistatbestand des § 34h Abs. 1 GewO-E nicht auszulösen. Es wird eine Überprüfung angeregt, ob der Hinweis auf die Legaldefinition der KWG-Bestimmung wirklich zielführend ist.

(ii) Produktgeber i. S. v. § 34h Abs. 1 S. 1 GewO-E

Fraglich ist, ob mit dem Begriff „Produktgeber“ ein Oberbegriff für Anbieter und Emittenten i. S. v. § 34h Abs. 2 GewO-E bzw. § 12 Abs. 1 Nr. 4 FinVermV geschaffen wurde. Hier wird eine Klarstellung als sinnvoll erachtet.

(jj) Unterschiedlicher Aufbau von § 34e GewO und § 34h GewO-E

Während der Verweis auf § 34f Abs. 2 bis 6 in § 34h Abs. 1 S. 4 GewO-E erfolgt, wird beim Versicherungsberater in § 34e Abs. 2 GewO auf die Bestimmungen in § 34d GewO verwiesen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit sollte der gleiche Aufbau wie in § 34e GewO gewählt werden.

(kk) Rückabwicklung von ausgekehrten Zuwendungen

Auch bei § 34h Abs. 3 S. 2 GewO-E werden bei der Rückabwicklung Probleme gesehen. Erhält der Berater Zuwendungen, so sind diese in diesem Fall unverzüglich und ungemindert an den Kunden auszukehren. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen der Anleger von einem Vermittlungsauftrag zurücktritt (z. B. § 18 Abs. 3 S. 2 FinVermV). Sofern eine Provision bereits vom Berater an den

Anleger weitergegeben wurde, ist fraglich, ob der Berater hier mit dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Anlegers belastet werden darf oder ob hier die Grundsätze des § 822 BGB anzuwenden sind. In jedem Fall sollte auch hier dem Interesse des Produktgebers an einer Rückzahlung im Falle einer Rückabwicklung Rechnung getragen werden.

(II) Verhältnis Weitergabe von Zuwendungen und Honorarberatungsanspruch

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 34h Abs. 3 S. 2 GewO-E hat der Gewerbetreibende erhaltene Zuwendungen unverzüglich an den Anleger auszukehren. Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn hier Honorarforderungen gegen den Anleger bestehen, mit denen der Honorar-Finanzanlagenberater aufrechnen könnte. Eine entsprechende Klarstellung zu diesem Punkt in der Begründung wird für sinnvoll erachtet.

(mm) Umgang mit fondsgebundenen Lebensversicherungen

Nach der aktuellen Literatur (z. B. Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Auflage, § 34d Rn. 16 sowie Landmann-Rohmer, GewO, Band 1, 61. EL, § 34c Rn. 40) fallen fondsgebundene Lebens- und Rentenversicherungen ausschließlich unter § 34d GewO. Gegen eine doppelte Erlaubnispflicht nach § 34e GewO und § 34h Abs. 1 GewO-E spricht nunmehr auch § 34h Abs. 3 GewO: Während beim Versicherungsberater ein Provisionsannahmeverbot besteht (vgl. § 34e Abs. 3 S. 1 GewO), hat der Honorar-Finanzanlagenberater erhaltene Zuwendungen unverzüglich weiterzuleiten. Würde der Gewerbetreibende hier unter beide Bestimmungen fallen, so dürfte er die Provisionen einerseits nicht annehmen, müsste sie jedoch andererseits an den Anleger weiterleiten. Um diesen Widerspruch zu vermeiden, sollte klargestellt werden, dass fondsgebundene Lebensversicherungen bis zu einer Änderung der EU-Gesetzgebung allein von § 34e GewO erfasst werden.

(nn) Definition „Hinreichende Anzahl von auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten“

In § 34h Abs. 2 GewO-E wird (wiederum) der unbestimmte Rechtsbegriff einer „hinreichenden Anzahl von auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten“ verwendet. Zumindest in der Begründung sollte näher definiert werden, was unter einer „hinreichenden Anzahl“ zu verstehen ist.

3. Zu Artikel 5 (Inkrafttreten)

Aus Art. 5 Nr. 4 folgt, dass die gewerberechtlichen Vorschriften ein Jahr nach Verkündung des Gesetzes in Kraft treten. Aus den Erfahrungen mit der Umsetzung des Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts handelt es sich auch bei dem Erlaubnistatbestand des § 34h GewO um eine relativ kurze Frist. Berücksichtigt werden muss, dass nicht nur die entsprechende landesrechtliche Zuständigkeitsbestimmung (§ 155 Abs. 2 GewO) angepasst, sondern auch die weiteren Rahmenbedingungen (z. B. Gebührentatbestände)



Berlin, 21. November 2012

geschaffen werden müssen. Auch für die Vorbereitung der elektronischen Anpassungen des Registers und die Vorbereitung der Voraussetzungen für die Sachkundeprüfung muss ausreichend Zeit zur Verfügung stehen.

Ansprechpartnerin im DIHK

Dr. Mona Moraht

Bereich Recht

Leiterin des Referats Gewerberecht

Anlage

DIHK Stellungnahme vom 01. September 2011 zur Qualitätsinitiative Verbraucherfinanzen - Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung des Berufsbildes der Honorarberatung des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV)

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Qualitätsoffensive Verbraucherfinanzen - Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung des Berufsbildes der Honorarberatung des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV)

I. Allgemeine Anmerkungen

1. Zur Honorarberatung

Die Qualität von Beratungsleistungen steht im Mittelpunkt der aktuellen Diskussion um die Aufarbeitung der Folgen der Finanzmarktkrise. Diese bezieht sich nicht nur auf den Vertrieb in den Banken, sondern auch auf die Anreizstrukturen von ungebundenen Anlageberatern. Die Provisionsinteressen der Banken und Anlageberater werden dabei als eine der wichtigsten Ursachen für Fehl- und Falschberatung betrachtet, so eine Studie¹, die im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) erstellt wurde. Als Lösung schlägt die Studie einen provisionsunabhängigen Beraterstatus vor, welcher die direkte Honorierung von Beratungsleistungen durch den Verbraucher vorsieht.² In diese Richtung geht auch das vorliegende Eckpunktepapier des BMELV. Die Bundesregierung plant, „zeitnah die Möglichkeiten der umfassenden Regelung des Honorarberaters zu prüfen und so bald wie möglich gesetzlich umzusetzen“.³

Die Finanzmarktkrise ist auch eine Vertrauenskrise zwischen Unternehmen und Anlegern. Diese wirkt sich negativ auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung aus. Der DIHK unterstützt deshalb Maßnahmen, die geeignet sind, das Vertrauen der Anleger wieder herzustellen. Dabei dürfen die Erfordernisse der Finanzdienstleistungsbranche und das Verhalten der Anleger nicht aus dem Blick geraten. Insbesondere muss eine Überregulierung vermieden werden.

¹ Anforderungen an Finanzvermittler – mehr Qualität, bessere Entscheidungen, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Marco Habschick, Dr. Jan Evers unter Mitarbeit von Mirko Bendig und Sascha Behnk, Juristischer Teil: Prof. Dr. Ulrich Krüger, Hamburg, September 2008.

² Bereits im Thesenpapier zur Qualität der Finanzberatung und Qualifikation der Finanzvermittler des BMELV vom 23.07.2009 forderte das Ministerium, dass „zur besseren Unterscheidbarkeit und Verlässlichkeit (...) ein Berufsbild des Honorarberaters/unabhängigen Finanzberaters geschaffen und rechtlich verankert“ werden solle.

³ Vorblatt des Gesetzentwurfs zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts, der am 06.04.2011 vom Kabinett beschlossen wurde; vgl. auch Antwort der Bundesregierung vom 17.02.2010 auf eine Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 17/750).

Zudem muss berücksichtigt werden, dass Anleger die Dienstleistung „Honorarberatung“ bislang kaum in Anspruch genommen haben. Wenige Verbraucher sind bereit, Geld für eine Beratung auszugeben - auch wenn die Notwendigkeit privater Altersvorsorge als Folge des demographischen Wandels immer mehr Anlegern bewusst wird. Laut einer Studie der Innofact AG, die im Auftrag der Beratungsgesellschaft BBDO Consulting erstellt wurde, ist den Kunden die Beratung aber nur weniger als 50 Euro wert.⁴ Die Angaben, wie hoch die Kosten für eine Beratung sind, schwanken. Während die eingangs erwähnte Studie des BMELV die Kosten für eine Komplettberatung mit 200 bis 450 Euro beziffert⁵, gehen Branchenvertreter davon aus, dass eine ausführliche Altersvorsorgeberatung zwischen 1.500 und 2.000 Euro kostet.⁶

a.) Ausgewogenes Miteinander von Honorar- und Provisionsberatung

Eine ausschließliche Konzentration auf ein Honorarberatungsmodell wird nicht alle Problemstellungen von Fehl- und Falschberatungen lösen können. Vielmehr sollte es ein ausgewogenes Nebeneinander von Provisions- und Honorarberatung geben. Tatsächlich mag das derzeitige provisionsorientierte Vermittlungssystem Schwächen aufweisen und ein zunehmender Ertrags- und somit Vertriebsdruck den Absatz provisionsdotierter Produkte forcieren. Hieran kann jedoch nicht der gesamte Missstand an Fehl- und Falschberatung festgemacht werden.

Aufgrund mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit einiger Verbraucher kann zudem die Honorarberatung einigen Kunden verschlossen bleiben. Auch sind Beratungsfehler auf diese Weise nicht per se auszuschließen. Eine alleinige Konzentration auf die Honorarberatung kann somit eine flächendeckende Beratung von Verbrauchern nicht gewährleisten.

Der DIHK ist deshalb der Ansicht, dass eine honorierte Beratung für Finanzvermittler und Verbraucher eine attraktive Option ist. Sie kann aber eine Beratung gegen erfolgsabhängige Vergütung nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. Letztlich muss dem Verbraucher die freie Entscheidung bleiben, welchen Ratgebertypus er für seine Aufgabenstellung als geeignet ansieht.

Der Verbraucher sollte dabei zu Beginn eines Beratungsgesprächs klar und eindeutig darauf hingewiesen werden, ob er es mit einem Finanzberater auf Honorarbasis oder mit einem Provisionsberater zu tun hat.⁷ Während ersterer allein von der Beratungsleistung lebt und Finanzprodukte nicht verkauft oder vermittelt und somit daran auch nicht verdient, profitiert letzterer vom Verkauf der Finanzprodukte. Nur wenn der Verbraucher darüber informiert ist, kann er mögliche Interessenskonflikte erkennen, so dass ihm tatsächlich die freie Entscheidung darüber möglich ist, welche Art der Beratung seinen Bedürfnissen entspricht.

⁴ Handelsblatt v. 12.08.2011, Seite 61.

⁵ a.a.O. (Fußnote 1), S. 86.

⁶ Finanztest 2/2008, S. 36.

⁷ So auch das Thesenpapier zur Qualität der Finanzberatung und Qualifikation der Finanzvermittler des BMELV vom 23.07.2009.

Vor der Entscheidung, ob "Honorarfinanzberatung" überhaupt gesetzlich reguliert werden sollte, ist allerdings zunächst eine Abgrenzung zu den bereits bestehenden gesetzlich reglementierten Tätigkeiten des Versicherungsvermittlers bzw. Versicherungsberaters und des Anlageberaters erforderlich. Denn sofern der Berater in den vorgenannten Bereichen tätig wird, besteht ohnehin schon eine gesetzliche Regulierung, so dass insofern kein Raum für eine weitere gesetzliche Regelung verbliebe. Regulierung darf nicht als Marktzutrittsbarriere wirken. Das Regulierungsvorhaben ist daher zwingend unter dem Aspekt der Gewerbefreiheit auf Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu prüfen.

In diesem Zusammenhang kann sich ein rechtsvergleichender Blick in solche Rechtsordnungen empfehlen, die die Honorarberatung bereits gesetzlich geregelt haben und teilweise über ein ausdrückliches Verbot von Provisionen nachdenken (z. B. GB, USA, skandinavische Länder). Zu prüfen wäre, welche Erfahrungen dort gemacht wurden und welche Regelungen sich etabliert haben. Es ist zudem die Frage zu stellen, ob klare Regelungen zum Berufsbild „Honorarberater“ das Vertrauen der Verbraucher in die Leistungen dieser Berater tatsächlich nachweislich erhöht haben.

b.) Europäische Lösung anstreben

Bei der Regulierung der Honorarberatung sollten Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden. Der DIHK lehnt deshalb grundsätzlich nationale Alleingänge bei der Regulierung des Anlegerschutzes ab. Vielmehr sollten Antworten auf die derzeitige Vertrauenskrise mittels Regulatorien auf europäischer Ebene gesucht werden. Die anstehenden Überarbeitungen der Finanzmarktrichtlinie (MiFID) und der Versicherungsvermittlerrichtlinie (IMD) sollten deshalb genutzt werden, um auch die Anforderungen an die Finanzberatung auf Honorarbasis europäisch zu regeln. Zudem müssten im Falle einseitiger nationaler Lösungen ggf. nachträglich europäische regulatorische Anforderungen in deutsches Recht umgesetzt werden. Dies würde für die betroffenen Unternehmen zusätzlichen bürokratischen Aufwand und für die Verbraucher Intransparenz und mögliche Unsicherheit mit sich bringen.

c.) Bezeichnungsschutz für die Honorarfinanzberatung

Mangels einer gesetzlichen Definition der Honorarberatung über Finanzprodukte besteht große Rechtsunsicherheit unter den Verbrauchern. Unklar ist, von wem der Verbraucher welche Beratungsleistung, unter welchen Konditionen und gegen welches Honorar erwarten kann und inwieweit die Berater jeweils tatsächlich unabhängig beraten oder für ihre Leistungen möglicherweise noch von dritter Seite vergütet werden. Durch einen gesetzlichen Bezeichnungsschutz und die Regelung der Tätigkeit der Honorarberatung sowie eine Festlegung der dem Berater obliegenden Pflichten und Qualifikationsanforderungen kann die bestehende Rechtsunsicherheit behoben werden.

Es liegt sowohl im Interesse der Berater als auch der Verbraucher, den Schutz für die Bezeichnung „Honorarfinanzberater“ bzw. „Finanzberater“ verbindlich zu regeln. Die aktuelle Diskussion um das Thema Honorarberatung leidet darunter, dass es keine eindeutige Definition gibt – weder für die

Tätigkeit der Honorarberatung noch für den Honorarberater selbst. Um verlorenes Vertrauen in die Finanzmärkte zurückzugewinnen und dem Ziel der Förderung des Verbraucherschutzes gerecht zu werden, muss sichergestellt werden, dass ein Finanzberater unabhängig ist und er sich bei seiner Tätigkeit nur an den Interessen und Zielen des Kunden orientiert.

d.) Nebeneinander von Honorar- und Provisionsberatung

Besonders umstritten ist die Frage, ob es einem Finanzberater, der Beratungsleistungen auf Honorarbasis anbietet, zusätzlich möglich sein sollte, auch Beratungen auf Provisionsbasis vorzunehmen und auf diesem Wege Finanzprodukte zu vertreiben.

- Für ein Verbot, Provisionen oder sonstige Leistungen Dritter entgegenzunehmen, spricht, dass auf diesem Wege größtmögliche Transparenz für die Verbraucher geschaffen und Interessenskonflikte vermieden würden. Ein Finanzberater ist nur dann vollständig unabhängig, wenn er nicht im Rahmen der Provisionsvermittlung von seinem Rat profitiert. Ein Verbot des „Springens“ zwischen Provisions- und Honorarberatung würde Rechtsklarheit schaffen und die Transparenz für den Verbraucher erhöhen.
- Gegen ein Verbot, Provisionen anzunehmen, spricht hingegen die geringe Bereitschaft vieler Verbraucher, angemessene Honorare für Beratungsleistungen zu zahlen. Auf diese Weise würde nur ein überschaubarer Markt für reine Honorarberatung entstehen. Diese Annahme wird durch die geringe Anzahl von den im Vermittlerregister eingetragenen Versicherungsberatern gestützt. Bislang verfügen – mit Stand zum 29.06.2011 - nur 203 Gewerbetreibende über eine Beratererlaubnis nach § 34e GewO. Unter dem Aspekt, einer möglichst großen Zahl von Finanzberatern die Möglichkeit der Honorarberatung zu eröffnen und damit auch für die Kunden ein breites Angebot zu schaffen, wäre es somit sinnvoll, einem Berater sowohl die Möglichkeit der Honorar- als auch der Provisionsberatung zu ermöglichen. Dafür spricht auch, dass der Anleger zweimal zur Kasse gebeten wird. Einerseits muss er das Honorar für den Finanzberater zahlen und andererseits muss er für die Provisionen des Anlagevermittlers aufkommen.
Würde der Ansatz der Aufgabe des Provisionsannahmeverbots weiter verfolgt, müssten die Regelungen des § 34e Abs. 1 und 3 GewO entsprechend angepasst werden.
- Im Sinne eines Kompromisses zwischen diesen beiden Positionen erscheint es deshalb sinnvoll, ein Nebeneinander von Honorar- und Provisionsberatung unter bestimmten Bedingungen zu erlauben. Neben der Tatsache, dass zu Beginn eines Beratungsgesprächs geklärt und schriftlich festgehalten werden muss, ob eine Honorar- oder eine Provisionsberatung erfolgen soll, muss im Falle einer Provisionsberatung eine volle Kosten- und Gebührentransparenz gewährleistet sein. Es sollte deshalb zu Beginn der Beratung eine schriftliche Vereinbarung über deren Ablauf und die Rahmenbedingungen geschlossen werden. Im Rahmen dessen

sollten neben der Risikostruktur auch die Ziele des Verbrauchers und die ihm entstehenden Kosten festgehalten werden.

2.) Zum Eckpunktepapier

Das Eckpunktepapier scheint aus Sicht des BMELV zunächst konsequent. Das Vorhaben reiht sich ein in eine Vielzahl von Regulierungsmaßnahmen auf den Finanzmärkten, die aus Gründen des Verbraucherschutzes seit Ausbruch der Finanzmarktkrise ergangen sind. Ob die Vielzahl daraus resultierender Informations- und Dokumentationspflichten am Ende tatsächlich im Sinne des Kunden und von diesem noch nachvollziehbar sind, ist allerdings fraglich.

Grundsätzlich richtig ist die Prämisse, dass die Honorarberatung als Alternative zum Provisionsmodell zur Verfügung stehen soll. Dies sollte bei der weiteren Fortschreibung des Papiers immer als Leitlinie dienen, so dass am Ende nicht faktisch eine Abschaffung des Berufsstands der Versicherungsvermittler erfolgt.

Zweifelhaft ist allerdings, ob das Ziel „Verbraucherschutz“ mit der Regulierung der Honorarberatung in der vorgeschlagenen Weise erreicht werden kann. Unklarheiten ergeben sich insbesondere bei den folgenden Punkten:

- Mangelnde Abstimmung zwischen den Bundesressorts: Es ist nicht ersichtlich, ob und in welcher Form das Eckpunktepapier mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts (BT-Drucks. 17/6051 v. 06.06.2011) abgestimmt ist.
- Mangelnde Berücksichtigung vorhandener Strukturen und Modelle: Das Eckpunktepapier berücksichtigt in nur unzureichender Weise solche Berufsbilder, die das Merkmal der Unabhängigkeit im Sinne des Kunden seit jeher verkörpern, namentlich den Berufsstand des Versicherungsmaklers. Stattdessen stellt das Papier lediglich auf den „Versicherungsberater“ ab. Derzeit sind allerdings lediglich 203 Versicherungsberater bundesweit aktiv. Insgesamt sind rund 260.000 Versicherungsvermittler im Versicherungsvermittlerregister (www.vermittlerregister.info) eingetragen.
- Mangelnde Zurückhaltung bei der Werbung für einen besonderen Berufsstand: Nicht nachvollziehbar ist, warum der Staat in der vorgeschlagenen Weise zugunsten eines noch nicht existenten bzw. zugunsten von rund 203 registrierten Versicherungsberatern in das Marktgeschehen eingreifen sollte.
- Mangelnde Präzision in den Formulierungen: Auch wenn es sich lediglich um ein Eckpunktepapier handelt, sollte für die betroffenen Unternehmen und Kunden gleichermaßen nachvollziehbar sein, mit welchen Regelungen und Auswirkungen zu rechnen ist. Zahlreiche offene

Formulierungen des Eckpunktepapiers tragen eher zu Unsicherheiten bei, als dass sie zu Transparenz und Nachvollziehbarkeit führen.

- Das vorliegende Eckpunktepapier umreißt die geplanten Regelungen nur sehr cursorisch und wirft dabei viele Fragen auf. Praxisrelevante Probleme, wie zum Beispiel die kontrovers diskutierte Frage, ob und inwieweit Versicherungsvermittler über den Anwendungsbereich des § 34d Abs. 1 Satz 4 GewO hinaus Beratungsdienstleistungen auf Honorarbasis anbieten können, bleiben dabei offen.
- Die vorgeschlagenen Regulierungsmaßnahmen werden für überzogen erachtet. Es ist davon auszugehen, dass Verbraucher auch durch die neuen Regelungen in Zukunft nicht vor Falschberatung geschützt sind. Grundsätzlich ist es sinnvoll, Verbraucher in Form von Leitfäden, Angeboten von Verbraucherzentralen etc. Unterstützung bei der Wahl von Finanzprodukten an die Hand zu geben. Warum dieser Teil des Finanzsektors jedoch künftig einer weitaus restriktiveren Regelung unterliegen soll als andere Marktsegmente, ist nicht plausibel. Das Argument, dass ein Verbraucher sich mit einem Finanzprodukt häufig langfristig bindet, überzeugt insofern nicht, als Gleiches z. B. für Immobilien oder hochpreisige Konsumgüter gilt, bei deren Erwerb von jedem Verbraucher zu Recht Eigenverantwortung erwartet wird. Hier sollte sorgfältig abgewogen werden, wie weit ein Eingriff in den Markt gehen sollte und wie viel Eigenverantwortung von einem mündigen Bürger erwartet werden kann.
- Gesetzgeberische Maßnahmen zu Beratungstätigkeiten sollten in Einklang gebracht, abgestimmt und damit letztendlich für alle Beteiligten vereinfacht werden. Beispielhaft ist hier der Begriff des „Anlageberaters“ zu nennen, der in unterschiedlichen Vorschriften auftaucht (vgl. § 1 Abs. 1a Nr. 1a KWG; § 2 Abs. 10 KWG und § 34 f GewO-neu).
- Aus dem Eckpunktepapier wird nicht deutlich, ob das BMELV die Honorarberatung eher als gewerbliche oder als freiberufliche Tätigkeit einstuft. Dies ist jedoch insbesondere für die Punkte "Vergütung", "Regelungsstandort" und "Aufsicht" von Bedeutung.
- Es stellt sich die Frage, ob die bisher getroffenen Regelungen zum Schutz der Verbraucher in Form von erhöhten Anforderungen an die Qualifikation von Versicherungsvermittlern und Finanzberatern sowie die Pflicht zur Protokollierung der Beratung nicht als ausreichend anzusehen sind.

II. Zu den Eckpunkten im Einzelnen:

1. Anwendungsbereich

- Grundsätzlich begrüßt wird die Absicht, für die Honorarberatung die gesetzlichen Qualitätsstandards, die bereits für Versicherungsberater gelten, zu übernehmen.

- Die bezeichneten Finanzberater, Versicherungsberater, Anlageberater und Darlehensberater sollten aber nicht „neben andere auf Honorarbasis beratende Berufe wie Steuerberater, Rentenberater und Rechtsberater“ treten, sondern im Wettbewerb mit den auf Gehalts- oder Vermittlungsprovisionsbasis vergüteten Beschäftigten/Vertragspartnern der Finanzdienstleistungswirtschaft stehen.
- Eine Kompatibilität zwischen dem Eckpunktepapier und dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts ist nicht erkennbar und sollte bei der weiteren Bearbeitung des Papiers unbedingt berücksichtigt werden.
- Es wird für ein ausgewogenes Nebeneinander von Provisions- und Honorarberatung plädiert. Schließlich sollte auch dem Kunden durch den Wettbewerb zwischen Vermittlern und Beratern die Möglichkeit eröffnet werden, über die Qualität der jeweils angebotenen Dienstleistungen selbst zu entscheiden.

2. Qualifikation

- Nicht ersichtlich ist, warum es eines Berufsbildes des Darlehensberaters mit im Vergleich zum Vermittler nach § 34c Abs. 1 Nr. 1 GewO höheren Zulassungsvoraussetzungen bedarf, zumal der Gesetzgeber davon abgesehen hat, den Darlehensvermittler in den Entwurf des Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts vom 15.04.2011 mit einzubeziehen und höhere Anforderungen an seine Zulassung zu stellen. Die Implementierung von ungleich höheren Berufszugangsregelungen bei vergleichbaren Tätigkeiten erscheint mit der durch Art.12 des Grundgesetzes gewährleisteten Berufsfreiheit kaum vereinbar. Hinzu kommt, dass fraglich ist, ob es für diese Dienstleistung überhaupt eine Nachfrage in Deutschland gibt. Bisher waren nur wenige Verbraucher bereit, für Beratungsdienstleistungen im Finanzbereich erfolgsunabhängig Stundenhonorare zu zahlen.
- Für die Anlageberatung betreffend Wertpapiere wie Aktien, Zertifikate und Genussscheine, bestehen bereits umfassende gesetzliche Regelungen im Gesetz über das Kreditwesen (KWG) und dem Wertpapierhandelsgesetz (WpHG). Die Anlageberatung ist nach §§ 1 Abs. 1a Nr. 1a, Abs. 11, 32 KWG erlaubnispflichtig und unterliegt der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Auch für den Versicherungsberater nach § 34e GewO bestehen umfangreiche Anforderungen (Zuverlässigkeit, geordnete Vermögensverhältnisse, Berufshaftpflichtversicherung, Sachkunde). Ähnliche Zugangsvoraussetzungen sieht der Entwurf des Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts für die Vermittlung von standardisierten Kapitalanlagen wie Investmentfonds vor.

- Nähere Anhaltspunkte zum konkreten Qualifikationsniveau der einzelnen - vom Anforderungsprofil sehr unterschiedlichen – Beratungsbereiche lassen sich dem Eckpunktepapier nicht entnehmen. Die auf die Vermittler anwendbaren Anforderungen sollen nach dem Vorschlag des BMELV zwar zunächst Ausgangspunkt sein, aber für die Honorarberater tendenziell angehoben werden und auch Fortbildungsmaßnahmen umfassen.
- Warum der Honorarberater für eine vergleichbare Tätigkeit einem höheren Anforderungsprofil entsprechen muss, ist nicht nachvollziehbar und begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken. Eine obligatorische Fortbildungspflicht wird abgelehnt. Der DIHK plädiert für eine Selbstregulierung des Marktes im Sinne eines freien Wettbewerbs und dafür, dass Fortbildungen auf freiwilliger Basis stattfinden.
- Während der Vermittler auch zu beraten hat, besteht die Hauptaufgabe des Beraters in der Beratung. Deshalb wird im Vergleich zu den Versicherungsvermittlern und –beratern für ein gleiches Sachkundemindestniveau plädiert.

Hier könnte auf die gesetzgeberischen Erwägungen zur Sachkunde von Versicherungsberatern zurückgegriffen werden. So wird in BR-Drucks. 207/07, S. 24 wie folgt ausgeführt:

"Dabei stellen die gesetzlichen Anforderungen an die Sachkunde im Bereich der Versicherungsberatung nur einen absoluten Mindeststandard dar, den alle Personen, die als Versicherungsberater tätig werden wollen, erfüllen müssen. Unabhängige Versicherungsberater werden in der Regel über eine berufliche Qualifikation verfügen, die weit über den gesetzlichen Mindestanforderungen liegt. Eine abweichende gesetzliche Festlegung der Berufsqualifikation für Versicherungsberater ist nicht erforderlich, zumal auch nach geltendem Recht keine festen gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich der Berufsqualifikation der Versicherungsberater bestehen. Die gesetzliche Regelung einer Mindestqualifikation steht dem Erwerb höherer Qualifikationen und auch einer freiwilligen Selbstbindung der Berufsangehörigen nicht entgegen. Nachteile für die Rechtssuchenden sind im Bereich der Versicherungsberatung auch aus diesem Grund nicht zu befürchten, zumal die Versicherungsberater, die anders als die Vermittler wegen des für sie bestehenden Provisionsannahmeverbots darauf angewiesen sind, von ihren Kunden eine Vergütung für ihre Dienstleistung zu erhalten, am Markt nur aufgrund von nachgewiesener hoher Qualifikationen bestehen und sich gegen die Konkurrenz der Vermittler durchsetzen können."

3. Beratung

- Das Erfordernis eines "ausreichenden Marktüberblicks" entspricht der in § 60 VVG enthaltenen Regelung, so dass das VVG hier wohl als Referenzgesetz fungieren soll.

- Der Vorschlag zu den Beratungs- und Dokumentationspflichten entspricht § 68 VVG (vgl. dazu die amtliche Begründung, BT-Drucks. 16/1935 S. 26).

4. Vermittlung

- Unabhängig von der Frage, ob der Honorarberater auch die Befugnis zur Vermittlung haben sollte und wie in einem solchen Fall mit vermittlungsbedingten Provisionen und wirtschaftlichen Vorteilen der Produktgeber im Einzelnen zu verfahren ist, sollten ggf. bestehende zivilrechtliche Hürden bei einem solchen Nebeneinander von gesondert zu vergütender Beratungsdienstleistung und erfolgsabhängiger Vermittlungsdienstleistung nicht außer Acht gelassen werden. Wenn Beratung und Vermittlung nicht als zwei getrennte und separat zu vergütende Vorgänge angesehen werden, sondern als einheitlicher Lebensvorgang, bei dem die Beratung als Vorstufe auf die Vermittlung hin erfolgt, könnte insgesamt ein Maklervertrag im Sinne des § 652 BGB angenommen werden. Einer auf Honorarbasis gestützten Vergütung könnte dann § 307 BGB entgegenstehen, da sie möglicherweise mit dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages - nämlich einer erfolgsabhängigen Vergütung - nicht vereinbar ist und als eine unangemessene Benachteiligung angesehen wird.
- Zwar ist es grundsätzlich verständlich, dass Honorarberatern die Möglichkeit einer Beratungsempfehlung eingeräumt wird. Für die Anbieter von Finanzprodukten würde dies allerdings zwangsläufig zur Schaffung von Nettotarifen führen. Ob hier ein gesetzlicher Eingriff in den Markt erforderlich ist, ist mehr als fraglich.
- Es wird auf die Ausführungen unter I.1.d.) zugunsten des Modells eines Nebeneinanders von Honorar- und Provisionsberatung verwiesen.

5. Vergütung

Bei der Schaffung gesetzlicher Vergütungsregelungen, wie sie bei verkammerten Berufen wie Rechtsanwälten und Architekten bestehen, ist Zurückhaltung geboten, da es sich um einen Eingriff in die Privatautonomie handelt, der einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Die Höhe der Vergütung für die Beratungsleistungen von Honorarberatern sollte dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage überlassen bleiben. Der perspektivische Vorschlag des BMELV, eine gesetzliche Vergütungs- und Honorarordnung für Honorarberater einzuführen, ist daher abzulehnen.

6. Unabhängigkeit

- Begrüßt wird die im Eckpunktepapier propagierte Unabhängigkeit der Honorarberater von Entscheidungen der Produkthanbieter. Die geforderte Unabhängigkeit und Objektivität des Honorarberaters ist schon dann in Frage zu stellen, wenn im Rahmen von Courtagevereinbarungen oder sonstigen Abreden gezahlte Provisionen an den Kunden ausgekehrt werden. Die Unabhängigkeit eines Beraters ist allerdings nicht ausschließlich eine Frage der Vergütungsform. Nach geltender Gesetzeslage sind Versicherungsmakler bereits zur objektiven Bera-

tung, zur Offenlegung ihres Status und zur Transparenz gegenüber ihren Kunden verpflichtet (vgl. § 60 VVG, § 34d GewO).

- Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass eine Verpflichtung für Versicherer zum Anbieten von Nettotarifen als Eingriff in die Privatautonomie abzulehnen ist (vgl. dazu bereits unter Punkt 4.).
- Das Eckpunktpapier geht davon aus, dass keine wirtschaftlichen Verflechtungen bestehen dürfen, statuiert dann aber eine Ausnahme für Banken und andere Finanzdienstleistungsunternehmen. Dies bedeutet in letzter Konsequenz, dass diesen Unternehmen Möglichkeiten offen stehen, die ein Kleingewerbetreibender als "1-Mann-Betrieb" überhaupt nicht erbringen kann.
- Auch sind die vom BMELV für Banken und andere Finanzdienstleistungsunternehmen geforderten Voraussetzungen, unter denen Beratung neben der Provisionsvermittlung angeboten werden darf, in der Praxis nicht umsetzbar.
- Letztlich sollte die Grenze zwischen § 34d Abs. 1 S. 4 GewO und § 34e GewO als Maßstab fungieren.

7. Provisionen

- Die vorgeschlagene Aufhebung des Provisionsannahmeverbots und des Provisionsabgabeverbots werden kritisch gesehen. Das Verbot der Gewährung von Sondervergütungen und Provisionsabgaben diente ursprünglich der Sicherung der Bonität der Versicherungsunternehmen und heute allgemein den Interessen des Verbraucherschutzes (Sicherung der Beratungsqualität und Markttransparenz) und den Interessen der Vermittler (vgl. BGH, Urteil vom 17.06.2004, III ZR 271/03, unter Hinweis auf BGBl. I 1994, S. 1630 und BT-Drucks. 12/7595, S. 104, 109; Dreher VersR 95, 1, 2; vgl. zur Entstehungsgeschichte Prölss; VAG, 12. Aufl. § 81 Rdnr. 69). An diesen Grundsätzen hat sich bis heute nichts geändert.
- Die Übertragung der Stornohaftung auf den Kunden ist in der Praxis kaum umzusetzen.

8. Übergangsregelung

Die vom BMELV skizzierten Übergangsregelungen werden abgelehnt, da dadurch das Berufsbild des bisherigen Versicherungsvermittlers in der Honorarberatung aufgehen würde. Es handelt sich um einen klaren Eingriff in die Gewerbefreiheit. Es sollte den Versicherungsvertretern und Versicherungsmaklern selbst überlassen werden, ob sie zukünftig als Honorarberater oder gegen Provision und Courtage für Versicherungsunternehmen tätig werden.

9. Aufsicht

Abzulehnen ist der Vorschlag, die BaFin als umfassende Aufsichtsbehörde für den Bereich der Honorarberatung zu installieren. Sowohl bei der Umsetzung der Versicherungsvermittlerrichtlinie 2002/92/EG als auch beim Entwurf des Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts hat sich der Gesetzgeber bewusst für eine gewerberechtliche Lösung entschieden. Für Finanzdienstleistungen im Bereich des KWG und des WpHG ist dagegen die BaFin für die Aufsicht und die Erlaubniserteilung zuständig. Es erscheint nicht nachvollziehbar, warum im Bereich der Honorarberatung für sämtliche Bereiche die Allzuständigkeit der BaFin als "höhere Behörde" konstruiert werden soll. Dies stellt nicht nur eine Durchbrechung der verschiedenen Aufsichtssysteme (GewO - KWG) dar, sondern stellt auch das im Grundgesetz verankerte Ressortprinzip in Frage.

10. Regelungsstandort

Die Verankerung direkt in den Fachgesetzen (z. B. in der GewO) hätte den Vorteil, dass die einzelnen Berufsbilder (Vermittler/Berater/Makler) in direktem Zusammenhang verglichen werden könnten. Für ein eigenes Gesetz spricht, dass es auf einen Blick alle für die Honorarberatung wichtigen Bestimmungen zeigen würde.

Zustimmung verdient die Auffassung des BMELV, dass der Beruf des Versicherungsberaters bereits geregelt ist und daher bei einem eigenen Gesetz zur Honorarberatung auszuklammern ist.

Abgelehnt wird der Vorschlag, die Akzeptanz der Honorarberatung bei Verbrauchern durch einseitige Öffentlichkeitsarbeit zu fördern. Es ist nicht die Aufgabe des Staates, für die Vorzüge der Honorarberatung einseitig zu werben, gleichzeitig aber dem Versicherungsvermittler eine objektive Beratung gesetzlich vorzuschreiben. Hier würde in unzulässiger Weise einseitig in einen funktionierenden Wettbewerb eingegriffen.

Sofern der Versicherungsberater ausgeklammert wird, muss darauf geachtet werden, dass diesem dadurch keine Nachteile entstehen.

Ansprechpartnerin im DIHK

Dr. Mona Moraht

Bereich Recht

Leiterin des Referats Gewerberecht