**Newsletter**

12. August 2014

**Honoraranlageberatungsgesetz**

Ein Überblick über die wichtigsten Änderungen und praxisrelevanten Aspekte

|  |
| --- |
| Executive Summary  > Gesetzliches Fundament für die Honorar-Anlageberatung in WpHG und GewO  > Namensschutz für die in Honorar-Anlageberaterregister bei der BaFin eingetragenen Honorar-Anlageberater  > Pflicht zur Kundeninformation über Honorar-Anlageberatung oder provisionsbasierter Anlageberatung  > Provisionsverbot und hinreichender Marktüberblick für Honorar-Anlageberater  > Honoraranlageberatungsgesetz strenger als MiFID II Hintergrund und Einleitung Die weit überwiegende Zahl der Anlageberater in Deutschland agiert in Form der provisionsgestützten Anlageberatung. Dabei erhalten die Anlageberater in aller Regel ihre Vergütung von den Anbietern oder Emittenten der Finanzprodukte.  Zur Erweiterung dieses Angebots an Beratungsmöglichkeiten ist zum 1. August 2014 durch Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes und der Gewerbeordnung zusätzlich eine honorargestützte Anlageberatung, die Honorar-Anlageberatung, als neue gesetzlich definierte Beratungsform geschaffen worden. Grundsätzlich soll im Rahmen dieser Honorar-Anlageberatung durch gesteigerte Wohlverhaltens- und Informationspflichten gegenüber den Kunden, durch eine erhöhte Transparenz im Hinblick auf die Art der Vergütung sowie durch ausschließliche Honorarzahlung durch die Kunden ein erhöhter Anlegerschutz erreicht werden. Im Folgenden sollen die Grundzüge dieser neuen Form der Anlageberatung skizziert und praxisrelevante Probleme aufgezeigt werden. Differenzierung der Beratungsformen  1. Die Gesetzesreform ermöglicht es Wertpapierdienstleistungsunternehmen ihre Anlageberatung als Honoraranlageberatung auszugestalten (§ 31 Abs. 4b WpHG). Allerdings kann ein Honorar-Anlageberater nach § 33 Abs. 3a WpHG die Honorarberatung nur ausschließlich anbieten oder er ist verpflichtet, eine **organisatorische, funktionale und personelle Trennung** zwischen der honorarbasierten und der provisionsbasierten Beratung einzurichten.   Unter einer personellen Trennung ist zu verstehen, dass dieselben Mitarbeiter, die mit der provisionsbasierten Beratung betraut sind, nicht auch mit der Honorarberatung betraut werden dürfen (§ 12 Abs. 6 Nr. 2 WpDVerOV).  In Hinsicht auf die organisatorische und funktionale Trennung haben Wertpapierdienstleistungs-unternehmen sicherzustellen, dass die Provisionsberatung keine Einflüsse auf die Honorar-Anlageberatung ausüben kann. Das gilt insbesondere für die Vertriebsvorgaben für die Honorarberatung, die nicht dem Kundeninteresse entgegenstehen dürfen (§ 12 Abs. 6 Nr. 1 WpDVerOV). Weder darf der Honorar-Anlageberater Vereinbarungen mit Produktgebern über die Zahlung von Vertriebsprovisionen abschließen noch dürfen Vertriebsvereinbarungen, die ein Provisionsberater mit einem Emittenten oder mit einem anderen Anbieter über den Vertrieb eines Produktes abschließt, mit Blick auf die Honorarberatung eine Incentivierung darstellen. Eine solche Incentivierung würde es beispielsweise darstellen, wenn der Provisionsberater einen finanziellen Vorteil dadurch erlangte, dass das Finanzprodukt auch im Bereich der Honorarberatung verkauft wird. Nur unter Beachtung dieser strengen Einschränkungen ist es Instituten möglich, den Beratungskunden beides die Honoraranlageberatung und die provisionsbasierte Beratung anzubieten.   1. Für die gewerblichen Finanzanlagenberater, die in den Genuss der Bereichsausnahme des  § 2 Abs. 6 Nr. 8 KWG kommen, weil sie ausschließlich in Deutschland zum Vertrieb zugelassene Investmentfonds vertreiben, werden die Vorschriften der GewO in entsprechender Weise geändert. Ein neuer Erlaubnistatbestand, der der **Honorar-Finanzanlagenberatung** wurde eingeführt **(§ 34h GewO)**, der als Alternative zum § 34f GewO zu sehen ist. Derselbe Berater kann nur entweder eine Erlaubnis nach § 34f GewO (provisionsbasierte Beratung) oder nach § 34h GewO (honorarbasierte Beratung) haben. Eine früher erworbene Erlaubnis nach § 34f GewO erlischt mit der Erteilung der Erlaubnis nach § 34h GewO (§ 34h Abs. 1 S. 6 GewO). 2. Mit Spannung wird erwartet, wie die IHK’s/ Gewerbeämter damit umgehen, dass der Erlaubnisumfang des § 34h GewO nur die Anlageberatung und nicht auch die Anlagevermittlung umfasst. Um Kundenorder ausführen zu können, benötigen die Honorar-Finanzanlagenberater jedoch auch die Erlaubnis für den Tatbestand der **Anlagevermittlung**. Auf Grundlage des § 34f GewO werden die IHK’s/ Gewerbeämter die Erlaubnis für die Anlagevermittlung nicht erteilen können, weil sich die Erlaubnistatbestände des § 34f GewO und des § 34h GewO gegenseitig ausschließen (§ 34h Abs. 2 S. 1: „Gewerbetreibende nach Absatz 1 dürfen kein Gewerbe nach § 34f Absatz 1 ausüben.“). Da es jedoch keinen vernünftigen Grund dafür gibt, dass ein Honorar-Finanzanlagenberater Kundenorder nicht ausführen darf, ist das Fehlen des Tatbestandes der Anlagevermittlung in § 34h GewO wohl nur als ein redaktionelles Versäumnis des Gesetzgebers zu erklären. Wir vertreten die persönliche Auffassung, dass aus den genannten Gründen die IHK’s/Gewerbe-ämter auch auf Basis des § 34h GewO die Erlaubnisse für die Anlagevermittlung erteilen dürfen. 3. Die Möglichkeit der organisatorischen, funktionalen und personellen Trennung von Honorarberatung und provisionsbasierter Beratung ist bei der Honorarberatung nach der Gewerbeordnung nicht gegeben. Die Erbringung der Honorarberatung und der provisionsbasierten Beratung in **zwei verschiedenen Beratungs-gesellschaften** ist hingegen eine mögliche Alternative. Weil in der Gewerbeordnung ein Nebeneinander von organisatorisch und funktional getrennter Honorarberatung und provisionsbasierter Beratung nicht verankert wurde, und deswegen die Gewerbeordnung auch keine personelle Trennung dieser beiden Beratungszweige verlangt, müsste es im gewerblichen Bereich möglich sein, dass dieselben Mitarbeiter sogar für die eine Gesellschaft als Honorarberater und für die andere Gesellschaft als Provisionsberater tätig werden. Bevor die IHK’s/ Gewerbeämter diese Möglichkeit jedoch nicht positiv bestätigt haben, sollten organisatorische Maßnahmen in diese Richtung abgewartet werden.  Honorar-Anlageberaterregister Die BaFin führt auf ihrer Internetseite ein **öffentliches Honorar-Anlageberaterregister** über alle Wertpapierdienstleistungsunternehmen ein, die die Anlageberatung als Honorar-Anlageberatung erbringen wollen (§ 36c WpHG). Für die Eintragung in dieses Register ist neben dem Vorliegen der Erlaubnis für die Anlageberatung nach § 32 KWG eine Bescheinigung eines geeigneten Prüfers zu besorgen mit einer Bestätigung, dass der Honorarberater in der Lage ist, die organisatorischen Anforderungen nach § 33 Abs. 3a WpHG zu erfüllen. Nur unter der Voraussetzung, dass der Honorarberater in das Register eingetragen wird, darf er die Bezeichnungen „Honorar-Anlageberater“, „Honorar-Anlageberatung“ oder „Honoraranlageberater“, auch in abweichender Schreibweise, oder eine Bezeichnung führen, in der diese Wörter enthalten sind (Namensschutz) (§ 36d Abs. 1 WpHG).   1. Ein Institut, das nicht beabsichtigt, die Voraussetzungen einer Honoraranlageberatung im Sinne des neuen § 31 Abs. 4c WpHG zu erbringen und sich deswegen **nicht in das BaFin-Register** eintragen lässt, ist dennoch berechtigt, Honorare vom Kunden für die Dienstleistung der Anlageberatung zu verlangen. Lediglich die in § 36d Abs. 1 WpHG geschützten Bezeichnungen darf dieser Anlageberater nicht führen. Der Gesetzeszweck des Honoraranlageberatungsgesetzes besteht darin, strenge Anforderungen für diejenigen Anlageberater aufzustellen, die eine der geschützten Bezeichnungen führen möchten. Nur wer diese Kriterien erfüllt, darf in das Register über Honorar-Anlageberater nach § 36c WpHG eingetragen werden und sich auf diese Weise bezeichnen. Nach wie vor ist es aber auch den Honorarberatern im weiteren Sinne, die sich in Zukunft nur nicht Honorarberater nennen dürfen, erlaubt, für ihre Dienstleistungen ein Honorar vom Kunden zu verlangen. Diese Berater müssen sich keineswegs ausschließlich über Provisionen vergüten lassen. 2. Mit Blick auf den Namensschutz für die Honorar-Anlageberater, die im Honorar-Anlageberaterregister nach § 36c WpHG eingetragen sind, findet sich im Honoraranlageberatungsgesetz leider keine Antwort auf die Frage, welche **zulässigen Bezeichnungen** noch für die **Honorar-Finanzanlagenberater** mit einer Erlaubnis nach § 34h GewO übrig bleiben. Die Bezeichnung als „Honorar-Finanzanlagenberater“ dürfte jedenfalls zulässig sein und kann beim besten Willen keinen Verstoß gegen § 36d WpHG bewirken, wenngleich die Wörter „Honorar“ und „Anlageberater“ in dem Wort „Honorar-Finanzanlagenberater“ vorkommen. Nach § 36d WpHG gilt der Namensschutz jedoch nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Da in § 34h Abs. 1 GewO der Begriff des „Honorar-Finanzanlagenberaters“ jedoch definiert und sodann im gesamten Text der Gewerbeordnung mehrfach verwendet wird, gehen wir davon aus, dass es sich bei der Bezeichnung des „Honorar-Finanzanlagenberaters“ eben um eine solche gesetzliche Ausnahme handelt. Dennoch wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber in die Gewerbeordnung eine ausdrückliche Bestimmung aufgenommen hätte, wonach die Verwendung der Bezeichnung des „Honorar-Finanzanlagenberaters“ durch Honorar-Finanzanlagenberater mit Erlaubnis nach § 34h GewO erlaubt und in diesem Fall der Namensschutz des § 36d WpHG außer Kraft gesetzt wird. Auch ohne eine solche ausdrückliche Klarstellung im Gesetz dürfte aber die Verwendung des Begriffs „Honorar-Finanzanlagenberaters“ erlaubt sein. Viele Honorar-Finanzanlagenberater werden daneben die Kurzbezeichnung „Honorarberater“ führen wollen. Hierbei ist jedoch Vorsicht geboten, denn die Wörter „Honorar“ und „Berater“ sind in den durch § 36d WpHG geschützten Bezeichnungen enthalten und in diesem Fall existiert keine Definition dieses Begriffs in der Gewerbeordnung und keine ausdrückliche gesetzliche Gestattung der Bezeichnung „Honorarberater“.  Informationspflichten gegenüber den Kunden, Offenlegung über die Form der Anlageberatung  1. Durch das Honoraranlageberatungsgesetz ist die Vorschrift des § 31 WpHG um einen neuen Absatz 4b ergänzt worden. Nach dieser Norm ist ein jeder Berater – gleich ob provisionsbasierter Anlageberater oder Honorar-Anlageberater – vor Beginn der Beratung und vor Abschluss des Beratungsvertrages verpflichtet, Kunden rechtzeitig und in verständlicher Form darüber zu informieren, ob die Anlageberatung als Honorar-Anlageberatung erbracht wird oder nicht. Wird die Anlageberatung nicht als Honorar-Anlageberatung erbracht, ist der Kunde darüber zu informieren, ob im Zusammenhang mit der Anlageberatung Zuwendungen von Dritten angenommen und behalten werden dürfen.   Bereits geklärt ist die Frage, ob eine **einmalige Auskunft an den Kunden vor Beginn der Geschäftsbeziehung** ausreichend ist oder ob diese Auskunft vor jeder Beratungssituation neu erteilt werden muss. § 5 WpDVerOV enthält detaillierte Vorgaben an Wertpapierdienstleistungsunternehmen hinsichtlich der Informationen, die Kunden zur Verfügung zu stellen sind über Risiken, das Wertpapierdienst-leistungsunternehmen, die Wertpapierdienstleistung sowie über Kosten und Nebenkosten.  § 5 Abs. 4 WpDVerOV enthält die Regelung, dass auch alle wesentlichen Änderungen in Bezug auf diese Kundeninformationen den Kunden rechtzeitig mitzuteilen sind. Der neue § 5 Abs. 4 WpDVerOV sieht vor, dass auch ein Wechsel in die Honorar-Anlageberatung oder weg von der Honorar-Anlageberatung in die provisionsbasierte Anlageberatung dem Kunden mitzuteilen ist. Ausweislich der Begründung zur Änderungsverordnung zur WpDVerOV werde durch diese Ergänzung des § 5 Abs. 4 WpDVerOV erreicht, dass bei Stammkunden-verhältnissen darauf verzichtet werden könne, dem Kunden vor jeder einzelnen Beratung die ihm bereits bekannte Information über das Angebot der Honorar-Anlageberatung oder der provisionsbasierten Anlageberatung erneut zu übermitteln.   1. Nach der geänderten Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV) treffen den gewerberechtlichen **Honorar-Finanzanlagenberater** ganz **ähnliche Informationspflichten wie den Honorar-Anlageberater**. Zu dessen statusbezogenen Informationspflichten gehört künftig auch der Hinweis, ob dieser als Finanzanlagenvermittler mit einer Erlaubnis nach § 34f GewO oder als Honorar-Finanzanlagenberater mit einer Erlaubnis nach § 34h GewO tätig wird (§ 12 Abs. 1 Nr. 3 FinVermV). Außerdem wird jeder Anlageberater die Pflicht haben, den Anleger vor Beginn der Anlageberatung oder -vermittlung und vor Abschluss des Beratungsvertrages 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 (§ 12a FinVermV). Zuwendungen, die der Honorar-Finanzanlagenberater auf der Grundlage einer nach § 34h GewO durchgeführten Anlageberatung erhält, sind unverzüglich und ungemindert an den Kunden auszukehren (§ 17a Abs. 2 FinVermV).  Folgen der Honorarberatung – Provisionsverbot und hinreichender Marktüberblick  1. Nach der neuen Vorschrift des § 31 Abs. 4c Nr. 1 WpHG muss der Honorar-Anlageberater seiner Empfehlung eine **hinreichende Anzahl von auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten** zu Grunde legen, die  * hinsichtlich ihrer Art und ihres Anbieters oder Emittenten hinreichend gestreut sind und * nicht beschränkt sind auf Anbieter oder Emittenten, die in einer engen Verbindung zum Honorar-Anlageberater stehen oder zu denen in sonstiger Weise wirtschaftliche Verflechtungen bestehen.   Der neue § 5b Abs. 2 WpDVerOV gibt dabei Merkmale vor, nach denen sich die Art der Finanzinstrumente unterscheiden können, z.B. Funktionsweise (z.B. Laufzeit, Kündigungsmöglichkeiten), Anlagerisiken und Kosten. Hinsichtlich der Breite der Streuung der Finanz-instrumente schreibt die Verordnung keine absoluten Größen vor, da die Streuung abhängig ist vom Markt, der Anzahl der Anbieter oder Emittenten, die innerhalb eines Marktsegmentes oder für bestimmte Finanzinstrumente existieren, oder auch von spezifischen Kunden-bedürfnissen. Die Vorauswahl der Finanzinstrumente wird weiterhin dadurch eingegrenzt, dass nur für den Kunden geeignete Finanzinstrumente in Frage kommen müssen (§ 5b Abs. 1 WpDVerOV).  Bei der Empfehlung von Finanzinstrumenten, deren **Anbieter oder Emittent der Honorar-Anlageberater** selbst ist oder zu deren Anbieter oder Emittenten eine enge Verbindung oder sonstige wirtschaftliche Verflechtungen bestehen, muss der Honorar-Anlageberater den Kunden rechtzeitig vor der Empfehlung und in verständlicher Form informieren, über   * die Tatsache, dass er selbst Anbieter oder Emittent der Finanzinstrumente ist, * die Tatsache, dass eine enge Verbindung oder eine sonstige wirtschaftliche Verflechtung zum Anbieter oder Emittenten besteht, sowie * das Bestehen eines eigenen Gewinninteresses oder das Interesse eines mit ihm verbundenen oder wirtschaftlich verflochtenen Emittenten oder Anbieters an dem Geschäftsabschluss.   Durch diese neuen Vorgaben (§ 31 Abs. 4d WpHG) wird erreicht, dass ein Honorar-Anlageberater nur noch unter strenger Maßgabe Finanzinstrumente wie beispielsweise Investmentfonds vertreiben darf, für die er auch das ausgelagerte Fondsmanagement erbringt oder bei denen er ein Advisory-Mandat wahrnimmt. Beide Geschäftsbesorgungen stellen wirtschaftliche Verflechtungen zum Produktemittenten dar, die nicht nur dem Kunden unter Darlegung des konkreten Gewinninteresses offenzulegen sind, sondern bezüglich denen weiterhin zu beachten ist, dass sich die Beratung und Vermittlung nicht auf diese Finanzinstrumente beschränken darf. Für die zahlreichen Anlageberater, die in Kooperation mit Fondsgesellschaften „eigene Fonds“ aufgelegt haben, diese verwalten oder beraten und hauptsächlich diese Investmentfonds an Anleger vertreiben, für sie wird die Honorarberatung voraussichtlich kein attraktives Geschäftsmodell darstellen.   1. Weiterhin muss sich der Honorar-Anlageberater gemäß § 31 Abs. 4c Nr. 2 WpHG **allein durch den Kunden vergüten** lassen. Während die Annahme von nicht-monetären Zuwendungen von Dritten kategorisch ausgeschlossen wird, wird im Falle von monetären Zuwendungen von dem Provisionsverbot dann eine Ausnahme gemacht, wenn das empfohlene Finanzinstrument oder ein anderes in gleicher Weise geeignetes Finanzinstrument **ohne Zuwendung nicht erhältlich** ist (§ 31 Abs. 4c Nr. 2 S. 2 WpHG). In dieser Situation dürfen Provisionen zwar angenommen werden, sie müssen aber unverzüglich nach Erhalt und ungemindert an den Kunden ausgekehrt werden (§ 31 Abs. 4c Nr. 2 S. 3 WpHG).   Für die Zukunft ist somit zu beachten, dass die zur Zeit häufig praktizierte Rückerstattung von Provisionen an den Kunden nur in den Fällen fortgesetzt werden darf, in denen nicht nur das empfohlene Finanzinstrument sondern auch andere geeignete Finanzinstrumente ohne Zuwendungen nicht erhältlich sind. Gibt es dagegen auch nur ein anderes Finanzinstrument, das für den Kunden geeignet wäre, welches ohne Zuwendung bezogen werden kann, darf dem Kunden nur dieses Finanzinstrument empfohlen werden.  Bevor der Honorarberatung nicht der Durchbruch gelingt, wird es viele Finanzinstrumente geben, die ohne Zuwendung nicht erhältlich sein werden. Bei Investmentfonds beispielsweise werden die Bestandsprovisionen gewöhnlich aus der Verwaltungsvergütung der Kapitalverwaltungsgesellschaft entrichtet. Wenn die Kapitalverwaltungsgesellschaft nun mit dem Honorar-Anlageberater vereinbaren würde, dass in Zukunft keine Bestandsprovisionen mehr an ihn gezahlt werden, würde die Kapitalverwaltungs-gesellschaft die im Verkaufsprospekt und in den Besonderen Anlagebedingungen (Verkaufsunterlagen) angegebene Verwaltungsvergütung entsprechend herabsetzen (wollen). Hierzu müsste sie jedoch die Verkaufsunterlagen ändern, und zwar bei jeder Vereinbarung dieser Art mit einem Honorar-Anlageberater, was zu einer unkalkulierbaren Zahl von Änderungen in den Verkaufsunterlagen führen kann. Die Bereitschaft der Kapitalverwaltungsgesellschaften, solche Sondervereinbarungen mit Honorar-beratern abzuschließen, wird nach unserer Erwartung gering sein. Die Entwicklung wird in der Zukunft voraussichtlich dahingehen, dass die Kapitalverwaltungsgesellschaften zwei (Teil-) Fondsvermögen auflegen: eines für die Kunden von Honorar-Anlageberatern mit einer entsprechend niedrigeren Verwaltungsvergütung und eines für die Kunden von provisions-basierten Anlageberatern mit einer höheren Verwaltungsvergütung. Bis dahin kann es sein, dass viele Investmentfonds nicht ohne Zuwendung erhältlich sein werden. In diesen Fällen hilft die vom Gesetz eingeräumte Möglichkeit der Rückerstattung der Zuwendungen weiter.  Eine Umgehung des Provisionsverbotes durch den **Abschluss von Festpreisgeschäften** mit den Kunden wird selbst Instituten mit der Erlaubnis für den Eigenhandel nicht möglich sein, weil im Bereich der Honorar-Anlageberatung der Abschluss von Festpreisgeschäften verboten ist (§ 31 Abs. 4d S. 2 WpHG). Vom Gesetz wird nur dann eine Ausnahme von diesem Verbot zugelassen, wenn Finanzinstrumente vertrieben werden, deren Anbieter oder Emittent der Honorar-Anlageberater selbst ist (§ 31 Abs. 4d S. 3 WpHG). Es wäre unverhältnismäßig, Emittenten den Eigenvertrieb von Finanzinstrumenten zu verbieten und zu verlangen, dass diese immer einen Vermittler zwischen sich und den Kunden schalten müssen, weil der Abschluss von Festpreisgeschäften nicht erlaubt ist.   1. Die gewerblichen Honorar-Finanzanlagenberater gemäß § 34h GewO sind denselben Pflichten unterworfen wie die Honorar-Anlageberater gemäß § 31 Abs. 4b WpHG. Sie müssen ihrer Empfehlung ebenfalls eine hinreichende Anzahl von auf dem Markt angebotenen Finanzanlagen zu Grunde legen, die von ihrer Erlaubnis umfasst sind und die nach Art und Anbieter oder Emittenten hinreichend gestreut und nicht beschränkt sind auf Anbieter oder Emittenten, die in einer engen Verbindung zu ihnen stehen oder zu denen in sonstiger Weise wirtschaftliche Verflechtungen bestehen (§ 34h Abs. 2 S. 2 GewO). Eine nähere Ausgestaltung dieser Pflichten erfolgt weder in der Gewerbeordnung noch in der Finanzanlagenvermittlungsverordnung. Insbesondere wird nicht wie für die Honorar-Anlageberater in der WpDVerOV in der FinVermV geregelt, nach welchen Merkmalen die Arten von Finanzanlagen zu streuen sind, ob es in der Breite der Streuung absolute Größen zu beachten gilt und ob sich die Streuung der Finanzanlagen nur auf die für Kunden geeigneten Finanzanlagen bezieht. Weitere gesetzliche Angaben hierzu wie in der WpDVerOV wären wünschenswert gewesen. Auch wenn diese Angaben fehlen, ist damit zu rechnen, dass sich die IHK’s/Gewerbeämter in Hinsicht auf die **Streuung der Finanzanlagen an den Kriterien der WpDVerOV orientieren** werden. 2. Neben der breiten Streuung der Finanzanlagen, die der Honorar-Finanzanlagenberater zum Gegenstand seiner Beratungsleistung machen muss, unterliegt selbstverständlich auch der **Honorar-Finanzanlagenberater demselben strengen Provisionsverbot** wie der Honorar-Anlageberater. Er darf von Dritten, die nicht Kunden sind, keine Provisionen vereinnahmen (§ 34h Abs. 3 S. 2 GewO). Auch dem Honorar-Finanzanlagenberater ist es nur in Ausnahmefällen gestattet, Provisionen anzunehmen, die er aber unverzüglich und ungemindert an den Kunden auskehren muss, falls die empfohlene Finanzanlage oder eine in gleicher Weise geeignete Finanzanlage nicht ohne Zuwendung erhältlich ist (§ 34h Abs. 3 S. 3 GewO).   Der neu eingefügte § 17a FinVermV regelt die Anforderungen an die Offenlegung und Auskehr von Zuwendungen durch den Honorar-Finanzanlagenberater. Existenz, Art und Umfang einer Zuwendung von Dritten oder an Dritte sind vor Abschluss des Geschäfts in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise dem Anleger offenzulegen. Soweit sich der Umfang noch nicht bestimmen lässt, sind die Art und Weise seiner Berechnung offenzulegen.  Erhält der Honorar-Finanzanlagenberater noch **Bestandsprovisionen** für Finanzanlagen des Kunden **aus einer vorhergehenden Tätigkeit** als Vermittler, so darf er diese nach Auffassung des Verordnungsgebers zur FinVermV behalten, es sei denn zu diesen Anlagen findet noch eine Beratung statt. Denn Grundlage dieser Provisionen sei nicht eine Anlageberatung als Honorar-Finanzanlagenberater, sondern eine vorherige Tätigkeit als Finanzanlagenvermittler mit einer Erlaubnis nach § 34f GewO. VI. Ausblick auf MIFID II 1. Mit dem Erlass der europäischen Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 15.05.2014 und mit der Veröffentlichung dieser Richtlinie in das Amtsblatt der EU am 12.06.2014 ist das langwierige europäische Gesetzgebungsverfahren für die sog. MiFID II zum Abschluss gebracht worden. Bereits im Januar 2014 konnten sich die Trilog-Parteien bestehend aus der Europäischen Kommission, dem Rat der Europäischen Union und dem Europäischen Parlament auf eine gemeinsame Position verständigen. Die Mitgliedsstaaten haben nunmehr zwei Jahre Zeit, die neuen Regeln in nationales Recht umzusetzen. Das nationale Recht muss am 03.01.2017 in Kraft treten.  Wie das Honoraranlageberatungsgesetz stellt auch die MiFID II die Honorarberatung auf ein gesetzliches Fundament. Wie nach dem Honoraranlageberatungsgesetz besteht auch nach der MiFID II die Verpflichtung, den Kunden rechtzeitig vor der Beratung darüber zu informieren, ob die **Beratung unabhängig (honorarbasiert) oder abhängig (pro-visionsbasiert)** erbracht wird (Art. 24 Abs. 4a) (i) MiFID II).  Ferner besteht eine Aufklärungspflicht darüber, ob sich die Beratung auf eine **umfangreiche oder eine beschränkte Analyse verschiedener Arten von Finanzinstrumenten** stützt und insbesondere ob die Palette an Finanz-instrumenten auf Finanzinstrumente beschränkt ist, die von Einrichtungen emittiert oder angeboten wurden, die in enger Verbindung zu der Wertpapierfirma stehen oder andere rechtliche oder wirtschaftliche Verbindungen, wie etwa Vertragsbeziehungen, zu dieser unter-halten, die so eng sind, dass das Risiko besteht, dass die Unabhängigkeit der Beratung beeinträchtigt wird (Art. 24 Abs. 4a) (ii) MiFID II).  Behauptet der Berater, dass er unabhängig ist, so hat eine **Bewertung zu einer ausreichenden Palette von auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten** zu erfolgen, die hinsichtlich ihrer Art und Emittenten oder Produktanbieter hinreichend gestreut sein müssen und die nicht beschränkt sein dürfen auf selbst emittierte Finanzinstrumente oder Finanz-instrumente, bei denen zu dem Emittenten eine enge Verbindung oder enge rechtliche oder wirtschaftliche Beziehungen bestehen (Art. 24 Abs. 7a) MiFID II).  Ferner darf der Berater keine Provisionen oder andere monetäre und nicht-monetäre Vorteile eines Dritten annehmen und behalten. Eine **Rückausnahme** besteht für **kleine nicht-monetäre Vorteile**, die die Servicequalität für den Kunden verbessern können und die von ihrem Umfang und ihrer Art her nicht vermuten lassen, dass sie die Einhaltung der Pflicht der Wertpapierfirma, im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu handeln, beeinträchtigen (Art. 24 Abs. 7b) MiFID II).  2. Das Honoraranlageberatungsgesetz und die MiFID II weisen in Bezug auf die Normierung der Honorarberatung große Parallelen auf. Das **Honoraranlageberatungsgesetz** ist jedoch in vielen Detailfragen etwas **strenger** als die dargestellten Inhalte aus der MiFID II:  - Beispielsweise verlangt die MiFID II keine organisatorische, funktionale und personelle Trennung von Honorarberatung und pro-visionsbasierter Beratung;   * Gemäß § 31 Abs. 4c) Nr. 2 S. 3 WpHG und § 34h Abs. 3 S. 2 GewO dürfen Zuwendungen selbst dann nicht angenommen werden, wenn das empfohlene Finanzinstrument ohne Zuwendung nicht erhältlich ist, solange ein anderes in gleicher Weise geeignetes Finanzinstrument erhältlich ist. Die MiFID II stellt nur die Annahme und das Behalten der Zuwendungen unter ein Verbot. Die Annahme und die anschließende Rückerstattung der Zuwendungen an den Kunden ist nach der MiFID II hingegen möglich. * Die MiFID II gestattet den Honorar-Anlageberatern die Entgegennahme von kleineren nicht-monetären Vorteilen, die die Qualität der Dienstleistung verbessern und das Kundeninteresse nicht beeinträchtigen können. Die Vorschriften des § 31 Abs. 4c) Nr. 2 S. 2 WpHG und § 34h Abs. 3 S. 2 GewO schließen die Entgegennahme von nicht-monetären Vorteilen hingegen kategorisch aus. * Die Honorar-Anlageberater genießen gemäß § 36d WpHG Namensschutz, wenn sie in das öffentliche Register der BaFin eingetragen sind. Ein solcher Namensschutz existiert nach der MiFID II nicht. Allein dieser Namensschutz bewahrt den Honorar-Anlageberater jedoch vor einer unzulässigen Verwendung der Bezeichnung des Honorar-Anlageberaters durch andere Anlageberater, die Kunden Beratung gegen Honorarzahlung anbieten.   In einem anderen Aspekt ist die MiFID II strenger als das Honoraranlageberatungsgesetz. Gemäß dem Wortlaut des Art. 24 Abs. 7a) MiFID II hat der Honorar-Anlageberater eine Bewertung bezüglich einer ausreichenden Palette von auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten zu erbringen. Eine vergleichbare Bewertungspflicht besteht nach dem Honoraranlageberatungsgesetz nicht: Der Honorar-Anlageberater hat seiner Empfehlung lediglich eine hinreichende Anzahl von auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten zu Grunde zu legen. Eine regulatorische Bewertungspflicht in der Art einer Pflicht zur Erstellung von Finanzanalysen ist im Honoraranlageberatungsgesetz nicht enthalten.  Der europäische Gesetzgeber verfolgt mit der MiFID ein Konzept der Maximalharmonisierung. Es würde der MiFID daher eigentlich zuwiderlaufen, wenn die Bundesrepublik Deutschland strengere Regeln erlässt als die, die in der MiFID vorgesehen sind. Dennoch wird die Bundesrepublik die strengeren Regelungen des Honoraranlageberatungsgesetzes voraussichtlich auch in zwei Jahren noch nach Umsetzung der MiFID II beibehalten können. Dies liegt daran, dass die MiFID II zahlreiche Öffnungsklauseln für strengeres nationales Recht enthält (bezüglich der Honorarberatung siehe Art. 24 Abs. 12 MiFID II). Voraussetzung für diese strengeren Regeln ist jedoch, dass der nationale Gesetzgeber damit spezifischen Risiken begegnet, die durch die europäische Richtlinie für den Anlegerschutz oder die Marktintegrität nicht angemessen abgedeckt wurden. Diese spezifischen Risiken müssen für die Marktstruktur des Mitgliedstaats von besonderer Bedeutung sein (Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10.08.2006, sog. MiFID-Durchführungsrichtlinie). Ein Mitgliedsstaat, der strengere Regeln erlässt, muss vor Inkrafttreten dieser Regelungen eine entsprechende Mitteilung an die Europäische Kommission mitsamt einer Begründung für diese Anforderungen machen. Diese **Mitteilung an die Europäische Kommission** **von Seiten der Bundesregierung** über die Änderungen im Honoraranlageberatungsgesetz ist mit Mitteilung vom 27.06.2014 erfolgt. Sofern die Europäische Kommission die gesetzlichen Voraussetzungen für den von der Bundesrepublik beschrittenen Sonder-weg als erfüllt ansieht, wird die Bundesrepublik in der Umsetzung der MiFID II nicht verpflichtet sein, die strengeren Regelungen im Honoraranlageberatungsgesetz wieder zurückzunehmen.  Ansprechpartner:  Sebastian Wintzer  Rechtsanwalt  sebastian.wintzer@waigel.de |
|  |

Urheberrecht

Waigel Rechtsanwälte – Alle Recht vorbehalten. Die Wiedergabe, Vervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung von Waigel Rechtsanwälte gestattet.

Haftungsausschluss

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot auf Beratung oder Auskunft dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko.

Waigel Rechtsanwälte und auch die in dieser Mandanteninformation namentlich genannten Partner oder Mitarbeiter übernehmen keinerlei Garantie oder Gewährleistung, noch haftet Waigel Rechtsanwälte und einzelne Partner oder Mitarbeiter in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grund empfehlen wir, in jedem Fall eine persönliche Beratung einzuholen.

Waigel Rechtsanwälte

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Nymphenburger Straße 4

80335 München

Tel.: +49 89 / 74 00 457 - 0

Fax: +49 89 / 74 00 457 - 77

info@waigel.de