

# Rechtliche Rahmenbedingungen der Honorarberatung

*Die „Honorarberatung“ rückt im Zuge der jüngsten Gesetzesänderungen – Stichwort Versicherungsvermittlerrichtlinie und MiFID – immer mehr in den Focus der freien Finanzdienstleister.*

*Ziel dieses Beitrages ist es, die rechtlichen Rahmenbedingungen der „Honorarberatung“ aufzuzeigen und Pflichten seitens der Produktgeber zu benennen, welche die Honorarberatung begünstigen könnten.*



■ Philipp Mertens, Kanzlei BMS, Düsseldorf



Nähert man sich einer juristischen Betrachtung des Begriffs der Honorarberatung im Finanzdienstleistungsbereich, so wird man feststellen, dass es eine verbindliche Definition der Honorarberatung in Deutschland nicht gibt. Für eine juristische Betrachtung soll daher folgende Definition genügen:

„Die Honorarberatung betreibt, wer gewerbsmäßig einen Kunden (Unternehmer/Verbraucher) über Finanzinstrumente berät und für seine Beratung ausschließlich durch den Kunden entlohnt wird.“

Lediglich klarstellend sei an dieser Stelle angemerkt, dass der Begriff der Finanzinstrumente untechnisch zu verstehen ist und daher sämtliche Finanzinstrumente meint, also neben Wertpapieren auch Versicherungen, geschlossene Beteiligungsprodukte, Finanzierungen, etc.. Dieses weite Verständnis des Begriffs der Finanzinstrumente entspricht der üblichen Praxis, da die meisten freien Finanzdienstleister wenigstens zwei der oben aufgezählten Finanzinstrumente anbieten.

#### ■ Juristischer Flickenteppich

Ausgehend von dieser Definition der Honorarberatung hat man sich mit einer Vielzahl unterschiedlicher Rechtsnormen auseinanderzusetzen. Aufsichtsrechtlich muss ein Honorarberater für den Bereich der Versicherungen die §§ 34d und 34e der Gewerbeordnung (GewO) beachten; für den Bereich der Finanzierungen, der Investmentfonds sowie der geschlossenen Beteiligungsprodukte ist § 34c GewO einschlägig und im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten im engeren Sinn (vgl. § 1 Abs. 11 KWG) ist das Kreditwesengesetz (KWG) einschlägig. Begrenzt werden die Beratungsmöglichkeiten schließlich durch das Rechtsberatungsgesetz. Zivilrechtlich beurteilt sich die Tätigkeit eines Honorarberaters derzeit hauptsächlich nach Maklerrecht (§§ 652 BGB ff.), wobei hier einige Besonderheiten zu beachten sind.

### Honorarberatung im Versicherungswesen

Das Versicherungswesen kennt in der Person des Versicherungsberaters schon seit geraumer Zeit den Honorarberater. Der ehemals in Art. 1 § 1 Abs. 1 Nr. 2 geregelte Versicherungsberater ist nunmehr in § 34e GewO geregelt und dadurch charakterisiert, dass er von einem Versicherungsunterneh-

men weder einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten noch in anderer Weise von ihm abhängig sein darf. Diese absolute Trennung des Versicherungsberaters von der Versicherungsseite führte in der Vergangenheit dazu, dass die Anzahl der registrierten Versicherungsberater überschaubar blieb. Ob sich dies im Hinblick auf die zukünftig zu leistenden Provisionsoffenlegungspflichten ändern wird, bleibt abzuwarten.

Jedenfalls darf ein Versicherungsberater gemäß § 34e GewO „Dritte gewerbsmäßig über Versicherungen beraten“, wobei dies die Befugnis umfasst, sowohl Unternehmer als auch Verbraucher umfassend in Versicherungsfragen rechtlich zu betreuen und zwar insbesondere und ausschließlich gegen gesondertes Entgelt.

Der gewerberechtlichen Aufsicht unterliegt seit kurzem auch der Versicherungsvermittler (§ 34d GewO), wobei darunter sowohl der Versicherungsvertreter als auch der Versicherungsmakler zu verstehen ist. Als Honorarberater im hier vertretenen Sinne scheidet der Versicherungsvertreter allerdings regelmäßig aus, da er als klassischer „Vertreter“ der Versicherer schwerlich den Beratungsansatz eines Honorarberaters erfüllen kann.

Für den Versicherungsmakler ist im Hinblick auf die Honorarberatung die in § 34d Abs. 1 Satz 4 GewO enthaltene Befugnis von besonderem Interesse. Danach darf ein Versicherungsmakler neuerdings Dritte, die nicht Verbraucher sind, bei der Vereinbarung, Änderung oder Prüfung von Versicherungsverträgen gegen gesondertes Entgelt rechtlich beraten. Das heißt, dass er im unternehmerischen Bereich einem Versicherungsberater quasi gleichgestellt ist. Unternehmer ist dabei insbesondere auch der Freiberufler, allerdings nur in Ausübung seiner selbständigen beruflichen Tätigkeit.

Demnach ist festzuhalten, dass der Versicherungsberater generell gegen gesondertes Entgelt beraten muss und ein Versicherungsmakler jedenfalls in Bezug auf Unternehmen gegen gesondertes Entgelt sogar rechtlich beraten darf.

Es bleibt die Frage zu klären, inwieweit ein Versicherungsmakler auch dann ein gesondertes Entgelt beanspruchen kann, wenn er Verbraucher berät.

#### ■ Der Versicherungsmakler und die Verbraucher-Beratung gegen Honorar

Aus dem Wortlaut des § 34d Abs. 1 Satz 4 der GewO folgt zunächst im Umkehrschluss, dass ausschließlich die rechtliche Beratung von Verbrauchern gegen gesondertes Entgelt durch einen Versicherungsmakler generell nicht zulässig ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein Versiche-



■ Es ist durch die juristische Literatur und Rechtsprechung anerkannt, dass der Makler auch erfolgsunabhängig entlohnt werden kann. Man spricht dann von einem Maklerdienstvertrag.

runismakler einen Verbraucher überhaupt nicht gegen gesondertes Entgelt beraten darf, er darf ihn eben nur nicht rechtlich beraten. § 34d Abs. 1 Satz 4 GewO erweitert insofern lediglich das rechtliche Dürfen eines Versicherungsmaklers im Sinne des Rechtsberatungsgesetz (RBerG).

Dass der Gesetzgeber dem Versicherungsmakler aber die im Zusammenhang mit seiner Haupt- und Maklertätigkeit stehenden und nach Art 1 § 5 RBerG zulässigen Annexstätigkeiten verbieten wollte, geht weder aus der Gesetzesbegründung noch aus dem systematischen Zusammenhang der Vorschriften hervor. Dies bedeutet, dass es dem Versicherungsmakler weiterhin erlaubt ist, rechtliche Angelegenheiten im Zusammenhang mit seiner hauptsächlichen Tätigkeit, der Maklertätigkeit, zu erledigen.

Derartige Rechtsberatungstätigkeiten müssen sich als Hilfstätigkeiten jedoch innerhalb

der Grenzen des § 5 RBerG bewegen. Die Rechtsberatung darf im Sinne von § 5 RBerG nicht im Vordergrund der Berufsausübung stehen, d.h. es muss sich um eine Hilfs- oder Nebentätigkeit handeln, die sich im Rahmen der eigentlichen Berufsaufgabe vollzieht und deren Zweck dient, ohne dass sie untergeordnet zu sein braucht.

Die Rechtsbesorgung darf jedoch nicht selbständig neben die anderweitigen Berufsaufgaben treten. Wie umfangreich im Einzelnen diese Nebentätigkeiten sein dürfen, bestimmt sich beim Makler allgemein danach, ob er lediglich als Nachweismakler oder vielmehr als Vermittlungsmakler tätig wird. Die Rechtsbesorgungsbefugnis als Hilfsgeschäft zur Vermittlungsmaklertätigkeit geht naturgemäß weiter als diejenige des bloßen Nachweismaklers.

Hinsichtlich des Versicherungsmaklers, dessen Hauptaufgabe darin besteht, Versicherungsverträge zwischen Versicherungsnehmern und Versicherungsunternehmen zustande zu bringen, ist anerkannt, dass dieser in Versicherungsangelegenheiten beraten darf, wie etwa über den Inhalt und Umfang des Versicherungsschutzes und die Versicherungsbedingungen. Neben der reinen Vermittlung gehört zum Berufsbild des Versicherungsmaklers die Überprüfung und Verwaltung bestehender Verträge, der Abschluss neuer Versicherungsverträge und die Vertretung der Interessen des Versicherungsnehmers gegenüber dem Versicherer.

Demnach kam und kommt dem Versicherungsmakler – freilich nur im Zusammenhang mit seiner Haupttätigkeit – eine umfassende Beratungsbefugnis in allen Versicherungsangelegenheiten zu, welche er selbstverständlich auch zukünftig wahrnehmen darf.

### ■ Die Individualvereinbarung

Bleibt schließlich die Frage zu klären, ob der Versicherungsmakler für seine so verstandene Beratung auch ein gesondertes Entgelt vereinbaren kann. Rechtlich unproblematisch ist dies in den Fällen, in denen es aufgrund der Beratungsleistung auch zu einem Vermittlungserfolg kommt, denn diese Fälle entsprechen dem gesetzlichen Leitbild des § 652 BGB. Ebenso unproblematisch kann gem. § 652 Abs. 2 BGB der Ersatz der dem Makler entstandenen Aufwendungen, wie beispielsweise Reisekosten, Porto- und Kopierkosten, etc. vereinbart werden. Wichtig ist insofern lediglich, dass dies ausdrücklich vereinbart werden muss. Aber auch dann, wenn es – wie so oft – nicht zu einem Vermittlungserfolg kommt, kann der Makler rechtlich wirksam ein Entgelt für seine Beratung vereinbaren.

*„...besteht bereits nach geltender Rechtslage die Möglichkeit, die Honorarberatung in rechtlich zulässiger Weise auszuüben.“*

Abweichend vom gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages, wonach der Makler im Erfolgsfall durch den Kunden bezahlt wird, ist es durch die juristische Literatur und Rechtsprechung anerkannt, dass der Makler auch erfolgsunabhängig entlohnt werden kann, man spricht dann von einem Maklerdienstvertrag.

Da durch einen Maklerdienstvertrag aber vom gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages abgewichen wird, bedarf es hierzu einer so genannten dispositiven Individualvereinbarung.

Dies heißt mit anderen Worten, dass eine erfolgsunabhängige Vergütung nicht mittels vorformulierter Musterverträge vereinbart werden kann. Vielmehr muss der Makler seinen Kunden die Wahl lassen zwischen einerseits erfolgsunabhängiger Entlohnung und andererseits erfolgsabhängiger Entlohnung.

In dieser Situation zeigt sich, wer zum „Honorarberater“ taugt, denn nur derjenige wird sich dauerhaft als Honorarberater etablieren, der seine Kunden von der Qualität seiner Dienstleistungen derart überzeugt, dass sie freiwillig bereit sind, ihm hierfür ein erfolgsunabhängiges angemessenes Entgelt zu bezahlen.

Dieses Modell funktioniert allerdings nicht im Rahmen der Beratung von Verbrauchern über Finanzierungen. Hier normiert § 655c BGB, dass ausschließlich eine erfolgsabhängige Entlohnung vereinbart werden kann.

### ■ MiFID

Die EU-Richtlinie Markets in Financial Instruments Directive – kurz MiFID – ist seit 1. November 2007 in Kraft. Ganz im Sinne des Verbraucherschutzes erhöht sich damit die Transparenz für den Kunden. So müssen Banken, Vermittler und Berater dem Kunden unter anderem diejenigen Provisionen offen legen, die sie beim Produktabschluss erhalten. Damit soll der Kunde die Interessenlage besser beurteilen können. Hinzu kommen für die Finanzdienstleistungsinstitute umfassende Berichts- und Dokumentationspflichten. Ferner gilt das „Best-Execution-Prinzip“, also die Verpflichtung, eine Transaktion dort abzuwickeln, wo die Gebühren am niedrigsten sind.

# Ihre Kunden wollen Rating-Sieger?

Verkaufen Sie den Dachfonds ALL-IN-ONE MK! (WKN 978972)  
Das Kern-Investment für jede langfristige Vermögensplanung!

## Die Anlagemöglichkeiten

- VL-Anlage ab 34 Euro
- Sparplan ab 25 Euro
- Einmal-Anlage ab 250 Euro
- Fondspolice ab 24 Euro
- Kinderpolice ab 24 Euro
- Basis-Rente („Rürup“) ab 24 Euro
- „Riester“-Rente ab 15 Euro
- bAV betr. Altersversorgung ab 24 Euro
- VL-Anlage in bAV ab 24 Euro

## Was drin steckt?

Das Beste aus 8000 Investment-Fonds.  
**Der ALL-IN-ONE MK wählt fast ausschließlich Fonds mit einem 3-fach Top-Rating.**

- Note 1 oder 2 von Lipper
- 4 bis 5 Sterne von Morningstar
- A- oder B-Rating von Feri Trust

Dazu kommt die monatliche (!) Neubewertung aller Fonds.

- Plus eine exzellente Expertise zum Thema Berater-Haftung.
- Plus Konditionen, die Sie ruhig schlafen lassen!

„Ein großartiges, überzeugendes Dachfonds-Konzept.“

Prof. Dr. Jörg Finsinger,  
Lehrstuhl für Finanzdienstleistungen  
an der Universität Wien.

MAKLERHERZ  
WAS WILLST DU MEHR

Natürlich eine Leistung von GSR  
Ihr Maklerverband seit 1987

Gottesackerstraße 11 · 85221 Dachau bei München  
Telefon 08131 / 31 90-0 · Telefax 08131 / 31 90-20  
AIOinfo@gsr.de · www.gsr.de

### Die Honorarberatung und sonstige Finanzinstrumente

Im bankaufsichtsrechtlichen Bereich bewegt sich der Honorarberater auf dem Gebiet des KWG. Einschlägige Finanzdienstleistungen sind insofern die Finanzportfolioverwaltung bzw. im Zuge der MiFID-Umsetzung der neu geschaffene Tatbestand der Anlageberatung. Je nach dem, wie das konkrete Rechtsverhältnis zwischen dem beratenen Kunden und dem Honorarberater ausgestaltet ist, folgt hier die Zuordnung zu einer der vorgenannten Finanzdienstleistungen. Ist der Honorarberater befugt, Anlageentscheidungen im eigenen Ermessen zu treffen, ist er als Vermögensverwalter einzuordnen, mit der Konsequenz, dass er eine entsprechende Erlaubnis gemäß § 32 KWG benötigt.

Falls er hingegen nur persönliche Empfehlungen ausspricht, wird er regelmäßig als Anlageberater zu qualifizieren sein, wofür er zukünftig allerdings auch eine Erlaubnis gem. § 32 KWG benötigt. Ausnahmen von dieser generellen Einordnung bestehen im

### Pflichten von Produktgebern

Es stellt sich weiterhin die Frage, inwieweit die Honorarberatung aktuell und zukünftig durch den Gesetzgeber begünstigt wird, namentlich durch entsprechende Pflichten der Produktgeber. Im Versicherungsbereich sind die Versicherer gem. § 80 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) verpflichtet, nur mit solchen gewerbsmäßig tätigen Versicherungsvermittlern zusammenzuarbeiten, die im Besitz einer Erlaubnis nach § 34 d Abs. 1 GewO sind. Last but not least sind Versicherungsvermittler ab dem 01.01.2008 verpflichtet, über die von ihnen empfangenen Provisionen aufzuklären. Dies führt für den Versicherungsvermittler letztlich zu der Situation, dass er mit seinem Kunden ohnehin über seine Entlohnung „sprechen muss“. In diesem Zusammenhang liegt es an sich nahe, nicht nur über Provisionen aufzuklären, sondern über das Honorar zu verhandeln und zwar im Sinne einer erfolgsunabhängigen Vergütung. Vorsicht ist im Versicherungsbereich allerdings wegen § 81 VAG geboten, dem so genannten Provisionsabgabeverbot. Honorarberatung funktioniert daher im Versicherungsbereich bis auf weiteres nur auf Basis von Nettotarifen.

Im Bereich der Wertpapiere sind Finanzdienstleistungsinstitute ab dem 01.11.2007 verpflichtet, über sämtliche erhaltenen Zu-

Zusammenhang mit der Anlageberatung dann, wenn sich die Anlageberatung entweder auf Investmentfondsprodukte beschränkt oder wenn eine darüber hinausgehende Beratung unter dem Haftungsdach eines Finanzdienstleistungsinstituts stattfindet. Wichtig ist in diesem Zusammenhang insbesondere der Hinweis auf die so genannte „Neukundenproblematik“. Neukunden verfügen häufig nicht über risikodiversifizierte Depots. Daher erfolgt zu Beginn der Beratung regelmäßig die Empfehlung, die sich aus einzelnen Aktien ergebenden Risiken zugunsten geeigneter Investmentfondsprodukte umzuschichten. Bereits diese Empfehlung erfüllt den Tatbestand der erlaubnispflichtigen Anlageberatung. Das BaFin hat zwar in einem Informationsblatt zum neuen Tatbestand der Anlageberatung die Rechtsansicht geäußert, dass die allgemeine Empfehlung, den Aktienanteil am Depot um 50% zu reduzieren, noch nicht den Tatbestand der Anlageberatung erfüllen würde. Dieses vermeintliche Schlupfloch ist allerdings deutlich zu eng, um dadurch zukünftig rechtssicher Geschäft zu tätigen, zumal eine solche Empfehlung dem Kunden regelmäßig nicht genügen dürfte.

wendungen im Zusammenhang mit der Vermittlung von Finanzinstrumenten aufzuklären. D.h., dem Kunden sind sämtliche Aufgabeaufschläge und Bestandspflegeprovisionen sowie sonstige Innenprovisionen und Zuwendungen, also insbesondere auch Kick-Backs uneingeschränkt zu offenbaren. Dies ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Urteils des BGH vom 19.12.2006 in weiten Teilen zwar schon gelebte Praxis, findet aber im Zuge der MiFID-Umsetzung nunmehr auch eine explizite gesetzliche Grundlage in § 31 d WpHG-E. Das heißt, dass auch der Anlageberater zukünftig über seine Provisionierung umfassend aufklären muss, weshalb er dieses „Zwangsgespräch“ besser gleich zu seinem Vorteil nutzen und über sein Honorar verhandeln sollte.

### Rechtlich zulässig

Es besteht bereits nach geltender Rechtslage die Möglichkeit, die Honorarberatung in rechtlich zulässiger Weise auszuüben. Dabei besteht für einen Honorarberater jedoch allzu leicht die Gefahr, sich im juristischen Gestrüpp der unterschiedlichen Regelungen zu verheddern. Vor dem Hintergrund der jüngsten Gesetzesänderungen und den damit einhergehenden zusätzlichen Transparenzpflichten im Finanzdienstleistungssektor wäre es zumindest eine Überlegung wert, den Tatbestand der Honorarberatung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung zuzuführen.