

Die Vorschriften der §§ 34f Gewerbeordnung (GewO) und 34h GewO stehen in einem Spannungsfeld zueinander, ihr Verhältnis ist nicht abschließend geklärt. Es liegt ein Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 11.05.2017 (Az. 19 O 2597/17) vor sowie ein Hinweisbeschluss vom OLG Nürnberg.

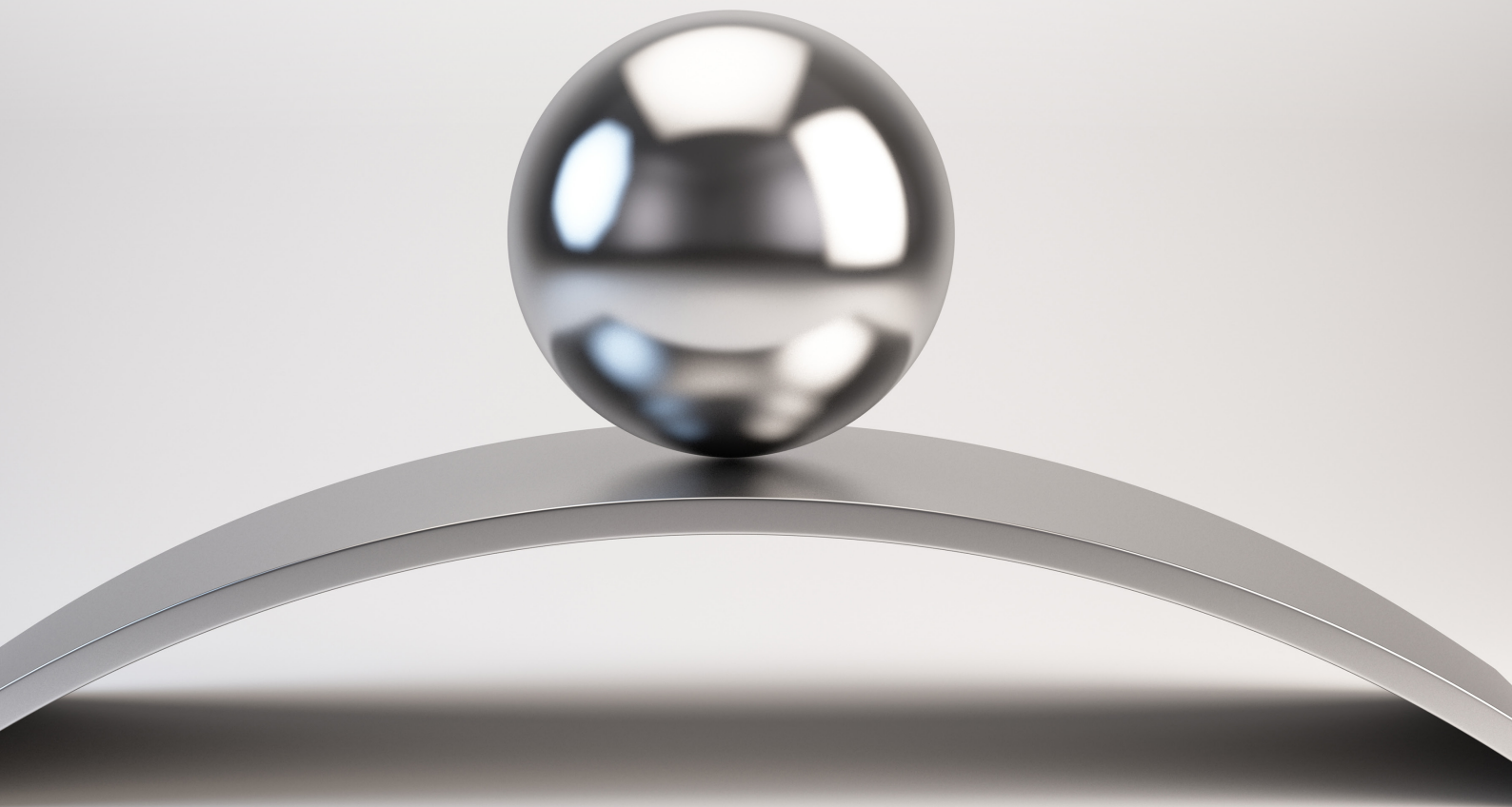
Vorliegender Artikel behandelt nicht die wirtschaftliche Spannung zwischen Provisions- und Honorarberatung, sondern die rechtliche Seite. Wirtschaftlich wird argumentiert, es könne nur eine honorarbasierter Beratung frei sein von Eigeninteressen des Beraters, andererseits werde wirtschaftlich schwächeren Personen durch die Erhebung eines Honorars der Zugang zur Beratung erschwert, so zwei typische Argumente. Die „normale“, regelmäßig provisionsbasierte Beratung, ist im Rahmen der

Bereichsausnahme des § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG mit einer Gewerbeerlaubnis gem. § 34f (§§ 34f und 34h sind nachfolgend solche der GewO) zulässig. Wer bei seiner Tätigkeit innerhalb der Bereichsausnahme agiert, bedarf keiner Erlaubnis der BaFin nach § 32 KWG. Durch die Einführung des § 34h zum 01.08.2014 schaffte der Gesetzgeber eine Vorschrift für Honorarberater. Die Zulassungsvoraussetzungen sind wegen der Verweisung in § 34h Abs. 1 Satz 3 auf § 34f Abs. 2 bis 6 identisch.

Dem Honorarberater gem. § 34h ist es jedoch gem. § 34h Abs. 1 Satz 6, Abs. 2 Satz 1 untersagt, ein Gewerbe nach § 34f zu betreiben. Es ist bislang ungeklärt, ob und inwieweit ein Berater mit Zulassung nach § 34f auch eine Honorarberatung anbieten darf. Dies ist bedeutsam, da der Makler mit Zulassung nach § 34f nicht gegen die GewO verstoßen und außerdem nicht zur Zielscheibe von wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen durch Honorarberater nach § 34h werden möchte.

Foto: © Sashkin – stock.adobe.com

Ein Spannungsfeld – was ist erlaubt, was nicht?



Folgende Argumente scheinen zum Verhältnis der Vorschriften zueinander maßgeblich:

Vergleicht man beide Vorschriften, so fällt auf, dass § 34h ein Verbot enthält; der Berater darf keine Zulassung nach § 34f erhalten, vgl. § 34h Abs. 1 Satz 6, Abs. 2 Satz 1. Ein derartiges Verbot ist jedoch „andersherum“, also in § 34f, nicht enthalten. Das spricht dafür, dass der Provisionsberater auch Honorarberatung anbieten darf, was auch in Teilen des juristischen Schrifttums vertreten wird. Ferner wird vorgebracht, dass der Gesetzgeber die Honorarberatung durch Einführung von § 34h stärken wollte. Dieser Zweck würde aber verfehlt, wenn jedwede Mischform ausgeschlossen wäre, da zwar ein Teil der Vermittlerschaft seinen Kunden Honorarberatung anbieten möchte, jedoch auf die provisionsgestützte Beratung aus wirtschaftlichen Gründen angewiesen ist. Viele Makler können ihr Geschäft nicht „von heute auf morgen“ auf Honorarberatung umstellen, da ein Wegfall der gesamten Provisionseinnahmen nicht sofort durch Honorare aufgefangen werden kann.

Mischen oder Entweder/Oder

Anwälte werden mit derartigen Fragen unter unterschiedlichen rechtlichen Blickwinkeln konfrontiert. Es gibt zu der Frage zahlreiche Stimmen. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz positionierte sich im Sinne eines „Entweder/Oder“; Mischformen seien unzulässig. Anders hingegen die BaFin, die das Gegenteil vertritt: „In der Praxis vermitteln Finanzanlagenvermittler mit einer Erlaubnis nach § 34f vielfach gegen Provisionen und beraten parallel gegen Honorar (Mischmodell). Die geltenden Vorschriften bieten keine rechtliche Grundlage, um gegen derartige Mischmodelle vorzugehen.“ (Allg. Muster-Verwaltungsvorschrift § 34f und § 34h GewO/FinVermV, Neufassung Stand 29.07.2016). Das Justizministerium vertritt also eine gegenteilige Ansicht als die BaFin. Dies trägt nicht zur Rechtssicherheit bei. Der Bund-Länder-

Ausschuss vertritt die Meinung zu der Meinung, dass „nach Einschätzung des Ausschusses keine ausreichende rechtliche Grundlage [besteht], um gegen Mischmodelle des Vermittlers mit einer Erlaubnis nach § 34f GewO vorzugehen“ (GewA 2015, 160). In einem gelungenen Beitrag vom 04.03.2015 im Fachmagazin „Das Investment“ erläutert der vertriebsrechtlich spezialisierte Rechtsanwalt Jürgen Evers, Partner der Kanzlei Blanke Meier Evers, die Problematik und schließt sich grundsätzlich der vorgenannten Meinung des Bund-Länder Ausschusses an.

Ein aktueller Fall

Im hiesigen Fall forderte der Vermittler aufgrund der geschilderten Konfusion eine Stellungnahme der IHK München an. Die IHK gab die – unverbindliche – rechtliche Auskunft, dass Mischformen zulässig seien. Nachdem der Vermittler dann auf seiner Homepage einen Hinweis auf die grundsätzliche Möglichkeit der Honorarberatung aufnahm – der genaue Inhalt des Hinweises würde hier zu weit führen – erhielt er eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung von einem (reinen) Honorarberater. Diese Abmahnung wollte er nicht hinnehmen und setzte sich, vertreten durch den Verfasser, gegen die Abmahnung zur Wehr. Der Prozess wurde durch den Vermittler in erster Instanz verloren. Das Landgericht (LG) Nürnberg-Fürth vertrat im Urteil vom 11.05.2017 (Az. 19 O 2597/17) verkürzt gesagt folgende Meinung:

Der Gesetzgeber gehe von einer Trennung der provisionsbasierten Beratung von der Honorarberatung aus. Die Vorschriften des § 34f und § 34h würden einander ausschließen. Aus dem vorgenannten einseitigen Verbot des § 34h Abs. 2 Satz 1 würde ein genereller wechselseitiger Ausschluss folgen. Dies sei aus Sicht des Verbrauchers zwingend. Dass das Verbot lediglich „in die eine Richtung“ normiert sei, ändere hieran nichts. Das LG stellt darauf ab, dass jedenfalls im vorliegenden Fall „die Werbung“ des Vermittlers irreführend

sei. Diese scheinbar auf den Einzelfall bezogene Entscheidung trifft nahezu alle Finanzberater mit einer Zulassung nach § 34f, da jedweder Hinweis auf der Internetseite oder in sonstigen Medien auf die Möglichkeit der Honorarberatung eine Irreführung darstellen kann und daher wettbewerbswidrig wäre. Die Unlauterkeit im wettbewerbsrechtlichen Sinne würde sich daraus ergeben, dass dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthalten würde (§§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG). Ferner daraus, dass eine Irreführung bzgl. der Inhaberschaft der Erlaubnis nach § 34h geweckt werde (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG). Letztlich nimmt das LG also zu der abstrakten Frage des Verhältnisses der beiden Formen der Beratung formal nicht Stellung, die Marschrichtung ist aus Sicht des Verfassers jedoch deutlich: Folgt man der Auffassung des Urteils, wäre dem Berater nach § 34f faktisch die Möglichkeit abgeschnitten, auf mögliche Honorarberatung öffentlich hinzuweisen, was einem Verbot nahe kommt. Im Rahmen der vom Autor vertretenen Berufung äußerte das OLG Nürnberg mit Hinweisbeschluss vom 10.10.2017 (Az. 3 U 1111/17), dass es der Meinung des LG folgen werde. Auch das OLG beantwortete die zentrale Streitfrage – nämlich das Verhältnis von § 34f zu § 34h – nicht unmittelbar, sondern stellte, wie schon das LG, auf den angeblich irreführenden Charakter des Hinweises auf der Homepage ab. Es bleibt nun abzuwarten, ob das OLG vom Gegenteil überzeugt werden kann oder man es zumindest dazu bewegen kann, die Revision zuzulassen, was zur Klärung der Frage wünschenswert wäre.



Nikolaus Sochurek
Rechtsanwalt und Partner
Peres & Partner Rechtsanwälte