

26.09.2017 | Recht

Mifid II bringt erheblichen Mehraufwand bei Provisionsberatung

Durch Mifid II werden die Anforderungen an die Qualitätsverbesserung weiter verschärft. Welche Maßnahmen am Ende qualitätssteigernd sind, ist allerdings schwer messbar. Einen Überblick über die künftige Rechtslage gibt die Kanzlei Brandl & Talos Rechtsanwälte.



Mag. Christian Lenz, Brandl & Talos Rechtsanwälte

Provisionen für das Erbringen von Wertpapierdienstleistungen waren schon bisher nur dann erlaubt, wenn sie geeignet waren, die Dienstleistungsqualität des Rechtsträgers zu steigern. Mit dem Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 (WAG 2018) – das ab dem 3. 1. 2018 in Kraft treten wird und die Markets in Financial Instruments Directive kurz "Mifid II" in nationales Recht umsetzt – werden die Anforderungen an die erforderliche Qualitätsverbesserung weiter verschärft. Demnach erbringen Anlageberater ihre Dienstleistungen in Zukunft nur dann "ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse" ihrer Kunden, wenn für die Annahme von Vorteilen eine Qualitätsverbesserung der gegenüber dem Kunden erbrachten Dienstleistung geboten wird.

Der vom Gesetzgeber verwendete Begriff "Vorteile" umfasst – wie schon bisher – nicht nur alle Arten von Provisionen, sondern etwa auch das Überlassen von Werbe- und Informationsmaterialien oder das Durchführen von Schulungen durch Dritte. Vom Nachweis der Qualitätsverbesserung ausgenommen sind Vorteile, die das Erbringen der Beratungsleistung ermöglichen beziehungsweise dafür erforderlich sind

und die ihrer Natur nach keine Interessenkonflikte hervorrufen können. In Betracht kommen hier Entgelte, die notwendige Aufwendungen wie etwa Transaktions- oder Verwahrungskosten abdecken. Für das Annehmen von Provisionen ist hingegen immer eine Qualitätsverbesserung erforderlich.

Qualitätsverbesserung?

Nach der bisherigen Rechtslage (§ 39 WAG 2007) musste der Vorteil bloß "darauf ausgelegt sein", die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistung zu verbessern. Das bedeutet, dass eine abstrakte Eignung, die Dienstleistungsqualität zu verbessern, genug war. Eine konkret eingetretene Qualitätsverbesserung musste nicht nachgewiesen werden.

Typische Verwendungszwecke, die von Finanzdienstleistern bisher angegeben wurden, waren beispielsweise das Aufrechterhalten des IT-Systems oder Schulungen der Mitarbeiter, also Ausgaben für den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb. Nach § 52 Abs. 1 WAG 2018 müssen Wertpapierdienstleister nun eine zusätzliche oder höherwertige Dienstleistung für den jeweiligen Kunden erbringen. Die europäische Aufsichtsbehörde European Securities and Markets Authority (ESMA) ist der Ansicht, dass Ausgaben für den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb das Merkmal der Qualitätsverbesserung für den Kunden nicht (mehr) erfüllen. Stattdessen muss die Qualitätsverbesserung dem konkreten Kunden zugeordnet werden können.

Das Gesetz nennt einige Beispiele für die geforderte Qualitätsverbesserung, diese werden jedoch nicht abschließend festgelegt. Beratern steht es somit frei, andere Formen der Qualitätsverbesserung zu finden, um weiterhin Vorteile annehmen zu dürfen. In diesem Fall besteht jedoch das Risiko, dass die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) eine Qualitätssteigerung verneint. Das Behalten der Provisionen wäre dann nicht zulässig. Eine Verwaltungsstrafe von bis zu fünf Millionen Euro oder bis zum Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens und allenfalls eine zivilrechtliche Haftung wären die Folge.

Es ist daher ratsam, die geplanten Maßnahmen vorab mit der FMA abzuklären.

Bislang haben sich neben den gesetzlichen Beispielen noch keine weiteren qualitätssteigernden Maßnahmen, die die Branche anbieten möchte, herauskristallisiert. Wer sichergehen möchte, hat daher auf eines der folgenden gesetzlichen Beispiele zurückzugreifen:

1.) "Breite Palette"

Die Annahme von Vorteilen ist bei Angebot einer "breite Palette" geeigneter Finanzinstrumente erlaubt. Diese Palette muss eine angemessene Zahl an Produkten von Emittenten, die keine enge Verbindung zum Berater haben, beinhalten. Eine enge Verbindung liegt dann vor, wenn der Berater mit dem Produktemittenten in einer vertraglichen oder sonstigen wirtschaftlichen Beziehung steht und dadurch die Unabhängigkeit der Beratung gefährdet wird. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Berater selbst das Produkt emittiert hat.

Eine konkrete Zahl, wie viele Produkte jeder Produktgruppe ein breites Angebotsportfolio vorsehen muss, kann noch nicht genannt werden. Die Erläuterungen zur Mifid II enthalten lediglich den Hinweis, dass der Berater nicht alle am Markt verfügbaren Produkte prüfen muss. Nach Ansicht der ESMA ist auch eine Spezialisierung auf bestimmte Finanzprodukte möglich, wenn innerhalb des beschränkten Produktspektrums ein fairer Vergleich zwischen verschiedenen Produkten und Anbietern stattfindet. Die Spezialisierung des Beraters muss dem Kunden klar kommuniziert werden. Der Kunde muss außerdem bekunden, dass er nur am spezialisierten Angebot interessiert ist. Dies sollte schriftlich festgehalten werden.

2.) Zusatzdienstleistungen

Eine weitere Möglichkeit für Anlageberater besteht darin, die Anlageberatung mit fortlaufenden werthaltigen Zusatzdienstleistungen zu ergänzen. Dies kann durch das Anbieten einer mindestens jährlichen Eignungsprüfung der Finanzinstrumente oder einer fortlaufenden Beratung – etwa über eine mögliche optimale Portfoliostrukturierung – erfolgen.

Es ist dabei jedoch zu beachten, dass durch solche Nachberatungen ein weiteres Haftungsrisiko für den Anlageberater entstehen kann, etwa wenn nicht rechtzeitig auf relevante Entwicklungen reagiert wird.

3.) Verfügbarkeit "vor Ort"

Der österreichische Gesetzgeber hat mit Blick auf Deutschland ein weiteres Beispiel eingeführt, das nicht von der ESMA konzipiert wurde. Demnach soll die Verfügbarkeit von qualifizierter Anlageberatung "vor Ort" die Qualität der Dienstleistung für den Kunden verbessern. Es soll eine flächendeckende finanzielle Nahversorgung technologiefernerer Bevölkerungsschichten durch persönliche Anlageberatung vor Ort sichergestellt werden.

Offen bleibt, was genau der Gesetzgeber unter "vor Ort" versteht. Besteht eine Qualitätsverbesserung nur dann, wenn die Beratung am Wohnsitz des Kunden angeboten wird, oder genügt eine Niederlassung in der Nähe seines Wohnsitzes? Entwicklungen in Deutschland sprechen für Letzteres. Der deutsche Gesetzgeber geht nämlich von einem "weitverzweigten Filialberaternetzwerk, das für den Kunden die Vor-Ort-Verfügbarkeit [...] sicherstellt" aus. Ebenfalls unklar bleibt der Begriff "flächendeckend". Ob hier ein bundesweiter Maßstab angelegt wird oder der jeweilige Aktionsradius des Anlageberaters ausschlaggebend ist, lässt sich (noch) nicht sagen. Hier besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit.

Daneben gibt es kritische Stimmen, die meinen, dass dieses Beispiel nicht im Einklang mit der EU-Richtlinie stehe. Es wird eingewandt, dass eine Vor-Ort-Verfügbarkeit die Qualität zwar verbessert, es mangle jedoch an der unmittelbaren Qualitätsverbesserung gegenüber dem individuellen Kunden. Ein Kunde aus Wien zieht keinen Vorteil daraus, dass auch in Graz oder Linz eine Beratungsleistung verfügbar ist. Es bleibt daher spannend zu beobachten, wie die ESMA dieses Beispiel aufnehmen wird. (gp)

Den gesamten Artikel von Mag. Christian Lenz, Rechtsanwalt, und Mag. Maximilian Müller, Rechtsanwaltsanwörter, bei der auf Kapitalmarktrecht spezialisierten Kanzlei Brandl & Talos Rechtsanwälte finden Sie in der aktuellen Heftausgabe 3/2017 von FONDS professionell, die Ende September erscheint.