

Kick-backs

# Kein Schuss ins Aus



Foto: dpa

**Rabatte, Provisionsnachlässe** oder **Rückerstattungen** sind in der Vertriebspraxis **nicht selten**. Wenn auch vielfach offiziell verpönt, dienen diese Instrumente doch mitunter im **Jahresendgeschäft** dazu, den Umsatz zusätzlich anzukurbeln.

**R**ückvergütungen, Provisionsnachlässe, Eigenprovisionen, Kick-backs – viele Namen, die letztlich alle den gleichen wirtschaftlichen Effekt beschreiben. Der Vermittler verzichtet auf einen Teil „seiner“ Provision, um damit für den Kunden einen zusätzlichen Reiz zum Abschluss zu schaffen. Wenn alles klappt, freut sich der Kunde über das wirtschaftliche Entgegenkommen und der Vermittler über ein Geschäft, zu dem er vielleicht sonst nicht gekommen wäre.

Diese Praxis wird von manchen als Nestbeschmutzung und branchenschädlich kritisiert, von anderer Seite als Teil des freien Spiels der Kräfte auf dem Markt und förderlich im Sinne der Verbraucher begrüßt. Diese Diskussion soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Es wird nämlich oftmals übersehen, dass es in jedem Fall gewisse vertragliche und rechtliche Spielregeln einzuhalten gilt, soll die vermeintliche Wohltat für den

Kunden nicht zu einem rechtlichen und haftungsmäßigen Eigentümer für ihn und seinen Vermittler führen.

### Wann sind Nachlässe zulässig?

Zunächst sind zwei Grundfälle zu unterscheiden, die wirtschaftlich ähnlich, rechtlich aber durchaus sehr unterschiedlich zu betrachten sind.

Ad 1: Da niemand Vereinbarungen zu Lasten Dritter treffen kann, kann der Vermittler überhaupt nur Nachlässe von solchen Provisionen oder Gebühren gewähren, die rechtlich und unmittelbar ihm zustehen.

Soweit die Vertriebsprovision Bestandteil eines einheitlichen Zahlungsanspruches sind, welcher dem Produktgeber oder der übergeordneten Vertriebsorganisation im Sinne eines „einheitlichen Preises“ gegenüber dem Kunden zustehen, hat der Vermittler darüber rechtlich keine Dispositionsbefugnis. Eine Ausnahme gilt nur

dann, wenn ihm ausdrücklich das Recht eingeräumt worden ist, gegenüber dem Kunden mit Wirkung für den Produktpartner entsprechende Preisnachlässe zu vereinbaren. In der Regel schließen Vertriebsverträge derartiges aber definitiv aus.

Ein solcher Preisnachlass ist auch dann unzulässig, wenn er wirtschaftlich ausschließlich zu Lasten des Provisionsanteils des Vermittlers gehen soll. Nur selten erlauben Vertriebsvereinbarungen Vermittlern entsprechende Absprachen, wobei dann der mit dem Anleger vereinbarte Nachlass im Innenverhältnis ganz oder zum Teil zu Lasten des Provisionsanspruches auf den Vermittler abgewälzt wird.

Ad 2: Soweit ein solcher Verhandlungsspielraum dem Vermittler nicht ausdrücklich eingeräumt wird, bleibt nur eine andere – in der Praxis durchaus verbreitete – Möglichkeit, dem Kunden im wirtschaftlichen Ergebnis einen Preisnachlass zu gewähren. Der Vermittler reduziert nicht den „Preis“ des Produktes, sondern er sagt dem Kunden zu, ihm von seiner zu erwartenden Provision etwas abzugeben. Da jene dem Vermittler ja vollumfänglich

als eigene zusteht, kann er darüber auch grundsätzlich disponieren. Wenn er diesen Betrag sogar dem Kunden zeitgleich zu dessen Zahlungspflicht gegenüber dem Produktgeber zur Verfügung stellt und damit gleichsam seinen Provisionsanteil vorfinanziert, ergibt sich für den Kunden im Ergebnis die gleiche wirtschaftliche Situation wie bei der unmittelbaren Einräumung eines Preisnachlasses.

### Rechtlich umstrittenes Terrain

Allerdings sehen auch für diesen Fall vielfach Vertriebsverträge vor, dass diese Praktiken unzulässig sind. Die Weitergabe von eigenen Provisionsanteilen an den Kunden wird verboten, bisweilen mit Vertragsstrafen sanktioniert oder als Grund zur außerordentlichen Kündigung der Vertriebsvereinbarung definiert. Ob und inwieweit derartige Klauseln zulässig sind, ist in vielen Einzelpunkten in der Praxis und Rechtsprechung noch umstritten.

In jedem Fall ist es wichtig, den bestehenden Vertriebsvertrag zu prüfen, ob er diesbezügliche Regelungen enthält. Wenn dies der Fall ist, sollte sich der Vermittler jedenfalls bewusst sein, dass er sich gegenüber seinem Produktgeber auf ein rechtlich umstrittenes Terrain begibt, wenn er seinem Kunden gleichwohl Provisionsnachlass gewährt.

Das gilt mithin auch dann, wenn diese formal anders betitelt werden. Eine bloße Kosmetik in der Benennung hilft dort nicht weiter. Wer den Kunden etwa zum Zwecke der Tarnung als Untervermittler hinsichtlich dessen eigenen Vertrages führt und ihm „Aufwandsentschädigungen“ oder sonstige Gebühren rückvergütet, tut wirtschaftlich und rechtlich das Gleiche wie bei einem „offiziellen“ Provisionsnachlass.

### Tickende Zeitbomben

Ganz gefährlich wird es, wenn nicht nur ein Verstoß gegen interne Provisionsnachlassverbote vorliegt, sondern der Vermittler im oben bereits angesprochenen Sinne über Zahlungspflichten des Kunden Regelungen trifft, über die er rechtlich eigentlich gar nicht verfügen kann. Dies zeigt sich zum Beispiel beim Agio\* eines geschlossenen Fonds. Ist das Agio nach Prospekt und Gesellschaftsvertrag als Vergütungsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem beitretenden Anleger definiert, kann der Vermittler (wenn ihm seitens der Fondsgesellschaft keine ausdrückliche Ermächtigung vorliegt) keine Vereinbarung mit dem Kunden treffen.

Tut er es dennoch, indem etwa auf dem vorgedruckten Zeichnungsschein

### Kick-backs und Haftung – ein Beispielfall aus der Praxis

Ein Immobilienvermittler will seinen Kunden an seiner Provision partizipieren lassen. Er vereinbart, dass der Anleger ihm in Höhe eines Teilbetrages seiner Provision eine entsprechende Rechnung über eine Unterprovision stellen darf. Um dem Kunden zu helfen, schreibt er ihm die Rechnung vor, einschließlich Umsatzsteuerausweis.

Der Vermittler zahlt den Gesamtbetrag an den Kunden aus, der seinerseits diesen Betrag weder als Einnahme noch als Reduzierung seiner Anschaffungskosten in seiner Steuererklärung angibt. In diesem Fall

hat der Vermittler nicht nur das Risiko, wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung des Anlegers und gegebenenfalls eigener Einkommensteuer- und Umsatzsteuerhinterziehung belangt zu werden, wenn er die entsprechende Rechnung des Anlegers innerhalb seiner Steuererklärungen verwertet.

Er haftet zudem persönlich für die auf den Rechnungsbetrag entfallende Einkommensteuer des Kunden sowie auch für die ausgewiesene Umsatzsteuer gemäß Paragraph 14 Abs. 3 des Umsatzsteuergesetzes.

das Agio gestrichen oder durch einen anderen Prozentsatz ersetzt wird, besteht die Gefahr, dass damit kein wirksamer Beteiligungsantrag des Kunden abgegeben wird. Nimmt die Fondsgesellschaft, der Treuhänder\* oder die sonst dafür zuständige Stelle einen solchen Zeichnungsantrag trotzdem an (weil die Problematik auch dort übersehen wird oder der Vertrieb entsprechend „Druck“ macht), liegt im schlimmsten Fall ein rechtlich unwirksamer Beitritt vor, da er nicht den allgemeinen Beitrittsbedingungen entspricht, die für alle Anleger gelten.

### „Kick-backs mindern und verkomplizieren die Steuerspareffekte“

Der Kunde kann dann jederzeit vom Vertrag Abstand nehmen – jedenfalls solange seine Beteiligung noch nicht umgesetzt worden ist. Nach praktischer Umsetzung des Beitritts ist eine Rückabwicklung zwar regelmäßig aufgrund den Grundsätzen über die „faktische Gesellschaft“ nicht mehr möglich, ein derartiger Sachverhalt kann aber das jederzeitige Recht des Kunden begründen, sich mit sofortiger Wirkung von seiner Beteiligung zu lösen. Weder Fondsgesellschaft noch Vermittler werden an derartigen „tickenden Zeitbomben“ interessiert sein, vor allem wenn die wirtschaftliche Entwicklung eines Fonds kritisch werden sollte!

Nur dann, wenn das im Fondsprospekt ausgewiesene Agio einen unmittelbaren Anspruch des Vertriebs gegenüber dem Kunden darstellt, ist eine Vereinbarung mit dem Kunden darüber möglich. Auch dann gilt es aber in der Praxis, die oben beschriebenen vertraglichen Regelungen im Hinterkopf zu behalten, welche oft auch eine Weitergabe oder Reduzierung der „eigenen“ Provisionsansprüche einschränken oder ausschließen.

Schließlich sind noch steuerliche Auswirkungen zu berücksichtigen.

Werden Gebühren gesenkt oder dem Kunden rückerstattet, reduziert sich dessen Aufwand für das entsprechende Produkt. Bleiben wir beim Beispiel des geschlossenen Fonds. In diesem Fall reduzieren sich für den Kunden bei vielen Beteiligungsangeboten die Anschaffungskosten, zum Teil kann es sich steuerlich auch um eine Verringerung der Werbungskosten oder des anteiligen Herstellungsaufwandes handeln.

Diese bei aktuellen Fonds im Regelfall eintretende Reduktion der Anschaffungskosten führt gleichzeitig zu einer Minderung der dem Anleger zuzurechnenden Abschreibungen und damit zu geringeren Verlustzuweisungen\*. Ein Steuerspareffekt sinkt dadurch. Zusätzlich wird die Berechnung und Transparenz der zugewiesenen Verluste für Fondsgesellschaft und Anleger noch komplizierter. Die finanzielle Wohltat für den Kunden wird daher in ihrer tatsächlichen Auswirkung erheblich eingeschränkt, die Verhältnisse verkomplizieren sich.

Außerdem können für den Vermittler erhebliche Risiken bestehen, wenn der Kunde vergisst, Provisionsnachlässe oder Kick-backs steuerlich anzugeben. Einem Vermittler, der daran mitwirkt oder bewusst wegschaut, kann schlimmstenfalls die eigene steuerliche Haftung für die damit verbundenen ungerechtfertigten Steuervorteile für seinen Kunden und ein Strafverfahren drohen (siehe Kasten).

Bei Provisionsnachlässen und Rückvergütungen ist von daher Vorsicht geboten, damit der Kick-back für den Vermittler nicht zum „Kick-out“ wird.



Foto: H.J. Buchholz

#### DER AUTOR

Professor Dr. jur. **Thomas Zacher**, Kanzlei Zacher & Partner Rechtsanwälte, ist Fachanwalt für Steuerrecht in Köln.