

Stellungnahme

im Rahmen der Verbändeanhörung

zum Referentenentwurf des Bundesministerium für Wirtschaft und Energie für eine zweite Verordnung zur Änderung der Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV)

Der Bundesverband Finanzdienstleistung AfW vertritt die Interessen von ca. 40.000 unabhängigen Finanzanlagen- und Immobilardarlehensvermittlern sowie Versicherungsmaklern aus über 2.000 Mitgliedsunternehmen. Wir nehmen daher gern die Gelegenheit wahr, zu dem Referentenentwurf zur Änderung der Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV) Stellung zu nehmen:

Als Interessenverband der freien Vermittler und Berater begrüßt der AfW im Kern einen Großteil der Regelungen als sachgerecht. Insbesondere werten wir es als positiv, dass der Entwurf das Bemühen erkennen lässt, die Änderungen auf das nach Art. 3 Abs. 2 MiFID II Notwendige zu beschränken. Allerdings schießt aus unserer Sicht der Entwurf an einigen Stellen „über das Ziel hinaus“. Zudem sehen wir ganz erheblichen Nachbesserungsbedarf bei der rechtstechnischen und systematischen Ausgestaltung.

Insbesondere die folgenden Punkte bewerten wir kritisch:

- Der Entwurf verweist an vielen Stellen auf die Regelungen der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 (nachfolgend: DV) und erklärt diese für entsprechend anwendbar. Hierdurch mag zwar eine exakte Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben besser gewährleistet sein. Allerdings wird das Verordnungswerk hierdurch erheblich unübersichtlicher und erschwert eine sichere Rechtsanwendung. Verschärft wird die Problematik durch weitere Umstände: An vielen Stellen sind die Verweisungen nicht in sich schlüssig oder passen nicht, z.B. weil in der entsprechenden Norm der DV ein anderer Sachverhalt geregelt wird. Andere Vorschriften der DV finden sich in ähnlicher Weise im Entwurf der FinVermV, so dass es zu unerwünschten Doppelungen kommt bzw. das Verhältnis beider Regelungen unklar bleibt. Zum Teil ist die Reichweite des Verweises auch nicht klar. Auf nähere Einzelheiten gehen wir weiter unten bei den Kommentaren zu den einzelnen Vorschriften ein. Hinzu kommt, dass die DV ihrerseits sprachlich nicht als geglückt bezeichnet werden kann, so dass ohnehin bestehende Auslegungsschwierigkeiten nochmals verstärkt werden. Insoweit besteht dringender Nachbesserungsbedarf bei den Verweisungen. Sollte die fehlerhafte Verweisungstechnik aus dem Entwurf beibehalten werden, haben wir sogar erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.
- Wir kritisieren, dass sich die in § 18a des Entwurfs vorgesehenen Aufzeichnungspflichten auch auf Telefongespräche erstrecken sollen. Die Implementierung eines rechtskonformen Aufzeichnungssystems würde für Gewerbetreibende mit erheblichen Kosten und administrativem Mehraufwand verbunden sein, denen kein nennenswerter Vorteil für die Kunden gegenübersteht. Die bisherigen Erfahrungen im Bankenbereich zeigen vielmehr, dass die meisten Kunden die Aufzeichnungen als störend bzw. bevormundend empfinden. Außerdem sehen wir die Gefahr, dass viele Gewerbetreibende zukünftig telefonische Dienstleistungen überhaupt nicht mehr anbieten, weil sie die Kosten scheuen oder schlicht nicht tragen können. Wir bitten daher, nochmals kritisch zu überprüfen, ob eine rechtliche Notwendigkeit für die Taping-Pflichten tatsächlich besteht.

- Nicht nachvollziehbar ist, weshalb der Entwurf keine Übergangsfrist vorsieht. Eine solche ist zwingend erforderlich, um den Gewerbetreibenden eine ordnungsgemäße Umsetzung der umfangreich erweiterten Pflichten zu ermöglichen. Es handelt sich immerhin nicht um partielle Änderungen, sondern um eine grundlegende Überarbeitung der FinVermV. Die neuen Pflichten sind zweifelsfrei sehr zeitintensiv in ihrer Umsetzung. Insoweit ist eine Übergangsfrist von mindestens sechs Monaten geboten. Sollte die im Entwurf vorgesehene Verweisungstechnik auf die DV trotz der erheblichen Bedenken beibehalten werden sollte, wäre ein noch längerer Zeitraum von mindestens 9 Monaten erforderlich. Soweit im Entwurf ein Inkrafttreten am Tag nach der Verkündung vorgesehen ist, kann man sich ehrlicherweise nicht des Eindrucks verwehren, dass verloren gegangene Zeit „auf dem Rücken“ der Gewerbetreibenden wieder aufgeholt werden soll.

Im Übrigen möchten wir in diesem Zusammenhang anmerken, dass auch die Stellungnahmefrist zu dem Referentenentwurf u.E. eindeutig zu kurz bemessen war. Vor dem Hintergrund, dass durch die MiFID II-Vorgaben verschiedene Regelwerke überprüft und miteinander abgeglichen werden müssen, lässt ein Zeitraum von lediglich knapp zwei Wochen eine erschöpfende Stellungnahme, welche alle wesentlichen Aspekte hinreichend berücksichtigt, nicht zu.

Zu den Regelungen im Einzelnen:

Zu § 13 Abs. 1 und 2 FinVermV-E: Informationen des Anlegers über Risiken und Kosten

1.

Was die Pflicht des Gewerbetreibenden betrifft, den Anleger über die Eigenschaften und Risiken der Finanzanlage zu informieren, übernimmt der Entwurf in § 13 Abs. 1 Nr. 1 FinVermV-E nahezu wortgleich die Regelung des § 63 Abs. 7 Nr. 1 WpHG und führt in § 13 Abs. 1 Nr. 2 FinVermV-E konkrete aufklärungsbedürftige Risiken auf. Darüber hinaus verweist § 13 Abs. 2 S. 4 FinVermV-E hinsichtlich „Art, Inhalt, Gestaltung und Zeitpunkt“ der zu erteilenden Informationen ergänzend auf verschiedene Vorschriften der DV. Diese Systematik ist nicht geglückt und bedarf aus verschiedenen Gründen der Überarbeitung:

Der überwiegende Teil der Vorschriften der DV, auf welche in § 13 Abs. 2 S. 4 verwiesen wird, betrifft überhaupt nicht die „Finanzanlagen und die damit verbundenen Risiken“ – also die nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 „notwendigen Informationen“. Dies gilt namentlich für Art. 45 DV (Informationen über Kundeneinstufung), Art. 47 DV (Informationen zu Wertpapierfirma), Art. 52 DV (Informationen zur Anlageberatung) und Art. 53 DV (unabhängige Anlageberatung). Art. 46 DV passt nur, soweit es Zeitpunkt und die Form der Informationserteilung betrifft, wobei der Zeitpunkt in § 13 Abs. 1 S. 1 FinVermV-E ohnehin schon geregelt ist die Form (dauerhafter Datenträger) und die Form ohne Weiteres in Abs. 2 S. 3 aufgenommen werden könnte. Die genannten Verweise auf die DV sind daher zu streichen.

Einige der in den Verweisartikeln aufgeführten Pflichten sind auf Gewerbetreibende mit Zulassung nach § 34f/h GewO von vorneherein nicht anwendbar. So beziehen sich Art. 47 Abs. 2 u. 3 DV auf die Finanzportfolioverwaltung, welche aber nur mit einer KWG-Zulassung erbracht werden darf. Auch die in Art. 45 DV enthaltenen Informationen über die Kundeneinstufung passen nicht, weil es im Rahmen der FinVermV gar keine unterschiedlichen Kundenkategorien gibt. Dementsprechend kann ohne eine Änderung der zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften auch keine dahingehende Informationspflicht des Gewerbetreibenden bestehen.

Vom sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des § 13 Abs. 1 Nr. 1 erfasst (und damit systematisch nachvollziehbar) ist im Grunde nur der Verweis auf Art. 48 DV (Informationen über Finanzinstrumente). Aber auch hier sehen wir Korrekturbedarf. Art. 48 zählt enumerativ verschiedene Risiken auf, über die der Anleger zu informieren ist. Problematisch ist, dass die meisten dieser Risiken auch unmittelbar in § 13 Abs. 1 Nr. 1 Nr. 2 FinVermV-E aufgeführt werden, ohne dass das Verhältnis zwischen beiden Normen klargestellt wird. Da dies zu unnötiger Rechtsunsicherheit führt, erscheint es sinnvoll, die aufzuklärenden Risiken abschließend in die FinVermV aufzunehmen und den Verweis auf Art. 48 zu streichen. Sollte der Verordnungsgeber davon ausgehen, dass die Risikoaufzählung in der FinVermV nicht alle in Art. 48 DV Informationen abdeckt, erscheint es aus den genannten Transparenzgründen sinnvoll, die fehlenden Punkte direkt in den Katalog des § 13 Abs. 1 Nr. 1 Nr. 2 FinVermV-E aufzunehmen.

2.

Die Regelungen zu den Kosteninformationen nach § 13 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 FinVermV-E enthalten durch den Verweis auf Art. 50 DV ebenfalls Doppelungen hinsichtlich des Pflichtenkatalogs, so dass wir anregen, den Verweis zu streichen und die diesbezüglichen Pflichten unmittelbar in die FinVermV aufzunehmen.

Inhaltlich sehen wir Anpassungsbedarf bei § 13 Abs. 2 S. 5 FinVermV-E. Nach dieser Regelung kann der Gewerbetreibende Informationsmaterial verwenden, welches ihm vom Emittenten oder der Depotbank zur Verfügung stellt. Diese Erleichterung ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Sie ist aber unnötig zu eng. Sinnvoll erscheint eine Erweiterung auch auf den Fall, dass der Anleger die Unterlagen direkt von der Depotbank oder dem Emittenten erhält. In diesem Fall ist eine nochmalige Bereitstellung derselben Dokumente durch den Gewerbetreibenden überflüssig und unter Anlegerschutz Gesichtspunkten ersichtlich auch nicht geboten. Im Gegenteil wäre dies unter Gesichtspunkten der Klarheit und Transparenz im Zweifel sogar nachteilig, weil es potenziell Verwirrung stiftet.

3.

Insgesamt regen wir demzufolge an, § 13 Abs. 2 S. 4 und 5 FinVermV-E wie folgt zu fassen:

Die in Absatz 1 notwendigen Informationen sind auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen; unter den Voraussetzungen von Art. 3 Absatz 2 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 genügt auch eine Bereitstellung über eine Website. ~~rechtszeitig vor~~ ~~Agelten Artikel 45 bis 48 und 50 bis 53 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission entsprechend.~~ Die Informationspflichten nach Absatz 1 gelten nicht, soweit der Anleger die dort genannten Informationen von dem die ~~Der Gewerbetreibende kann zur Erfüllung der Informationspflichten nach Absatz 1 die Informationen~~ Informationen, die ihm das die Finanzanlage konzipierende Wertpapierdienstleistungsunternehmen, dem Emittenten oder dem depotverwaltenden Institut erhält. ~~zur Verfügung stellt, verwenden.~~

4.

Sofern unter dem Gesichtspunkt der MiFID II-Konformität die Notwendigkeit gesehen wird, dem Gewerbetreibenden weitere Pflichten aufzuerlegen, die in den Art. 45-47, 52-53 DV aufgeführt sind, hätte dies an den systematisch richtigen Stellen in der FinVermV zu erfolgen. So haben die „Informationen über die Wertpapierfirma“ nach Art. 47 DV ersichtlich keinen Bezug zur abzuschließenden Finanzanlage, sondern wären thematisch bei den Erstinformationen nach § 12 FinVermV-E zu verorten. Ähnliches gilt für die Punkte zur Anlageberatung nach Art. 52, 53 DV, welche sachlich in § 16 oder § 18 FinVermV-E zu verorten wären.

Aus den bereits genannten Gründen der Rechtssicherheit wäre es zudem angezeigt, die betreffenden Informationspflichten unmittelbar in die FinVermV aufzunehmen, anstatt auf die DV zu verweisen. Mindestens aber müssten die Verweisungen näher konkretisiert werden, so dass erkennbar wird, welche der in den in Bezug genommenen DV-Verweisartikeln Pflichten in welchem Umfang für den Gewerbetreibenden gelten sollen. In der bisherigen Fassung wird die Reichweite der jeweiligen Verweisung nicht annähernd deutlich.

So bleibt z.B. unklar, ob die in Bezug genommenen DV-Pflichten nur für solche Informationen gelten, die einen Bezug zur Finanzanlage haben (wie es die systematische Stellung nahelegt), oder ob sich hierdurch der Pflichtenkatalog des § 13 FinVermV-E auf weitere Informationspflichten erweitert. Auch lässt sich nicht erkennen, ob nur auf Informationspflichten verwiesen wird oder auch auf sonstige Pflichten, die in den DV-Verweisartikeln statuiert werden, entsprechend anwendbar sein sollen.

Zu § 13 Abs. 4 FinVermV-E: Berichtspflichten nach Auftragsausführung

§ 13 Abs. 4 FinVermV-E sieht neue Berichtspflichten des Gewerbetreibenden nach Auftragsausführung vor. Diese Regelung sollte ersatzlos gestrichen werden. Sie geht im Anwendungsbereich der FinVermV schon ins Leere. Denn Gewerbetreibende führen keine Kundenaufträge aus, sondern leiten solche Aufträge nur an die Depotbank oder den Emittenten weiter. Eine eigene Auftragsausführung ist dem Gewerbetreibenden sogar untersagt, hierfür ist eine KWG-Zulassung erforderlich, welche zum Betreiben des Finanzkommissionsgeschäfts, der Abschlussvermittlung oder der Finanzportfolioverwaltung berechtigt.

Aber selbst, wenn man die Weiterleitung eines Auftrages für ausreichend hielte, würde § 13 Abs. 4 FinVermV-E lediglich zu überflüssigem Mehraufwand für den Gewerbetreibenden führen, ohne dass damit eine Erkenntnisgewinn für den Anleger einherginge:

Bei offenem Investmentvermögens (also im Bereich des § 34f Abs. 1 Nr. 1 GewO) erhält der Anleger alle erforderlichen Informationen bereits von der Depotbank, welche in diesem Zusammenhang Wertpapier(neben)dienstleistungen erbringt und gegenüber dem Anleger daher unmittelbar aus Art. 59 DV verpflichtet ist.

Bei AIFs und Vermögensanlagen (also im Bereich von § 34f Abs. 1 Nr. 2 u. 3 GewO) sind die Art. 59 DV aufgeführten Informationen schon nicht relevant. Die Norm ist erkennbar auf Wertpapiere zugeschnitten. Eine „Auftragsausführung“ in dem vom WpHG und den europarechtlichen Regelungen vorgegebenen Sinne findet bei AIFs und Vermögensanlagen hingegen überhaupt nicht statt. Der Anleger schließt insoweit immer vertragliche Vereinbarungen mit dem Emittenten/der KVG bzw. wird Aktionär oder Kommanditist. Die in Art. 59 DV genannten Punkte gibt es bei AIFs/Vermögensanlagen also gar nicht, jedenfalls sind sie hier nicht von Bedeutung. Denkbar wäre eine Relevanz allenfalls für die Aufstellung der Provisionen/Auslagen und für das Datum des Geschäftsabschlusses (Annahme des Zeichnungsangebots). Bei den Informationen zu den Provisionen ist aber bereits durch § 17a FinVermV-E gewährleistet, dass diese ihm zur Verfügung gestellt werden. Die Angaben zum Datum des Geschäftsabschlusses erhält er demgegenüber vom Emittenten.

Sofern sich der Verordnungsgeber der empfohlenen Streichung von § 13 Abs. 4 FinVermV-E nicht anschließen sollte, wäre zumindest eine Klarstellung geboten, dass keine Informationen vom Gewerbetreibenden geschuldet werden, die für das in Rede stehende Geschäft nicht relevant sind oder bereits von der Depotbank bzw. dem Emittenten bereitgestellt werden. Selbst Art. 59 Abs. 4 DV beschränkt die Pflichten auf relevante Mitteilungen ein („soweit relevant“).

Zu § 16 Abs. 1 u. 3 FinVermV-E: Geeignetheitsprüfung

Bei den Vorschriften zur Geeignetheitsprüfung sehen wir das Problem, dass § 16 Abs. 1 S. 2 FinVermV-E die Art. 54, 55 DV für entsprechend anwendbar erklärt. Dies ist unnötig und erschwert eine rechtssichere Anwendung der Vorschriften. Der überwiegende Teil der in den Art. 54 und 55 statuierten Pflichten ergibt sich bereits unmittelbar aus § 16 Abs. 1 und 3 FinVermV-E bzw. – soweit es die Geeignetheitserklärung betrifft – aus § 18 FinVermV-E.

Bei Art. 54 Abs. 11 DV, auf den mitverwiesen wird, ist zwar ein eigenständiger Regelungscharakter erkennbar. Allerdings ist die hierdurch statuierte Pflicht im Anwendungsbereich von § 34f/h GewO unverhältnismäßig. Art. 54 Abs. 11 schreibt vor, dass bei jeder Umschichtung eine Kosten-Nutzen-Analyse durchgeführt werden muss. Dies mag für eine Bank, welche über entsprechende Ressourcen und geeignete Systeme verfügt, darstellbar sein. Für einen „kleinen“ Gewerbetreibenden mit Gewerbezulassung bedeutet dies jedoch einen unzumutbaren Mehraufwand, der in keinem Verhältnis zum hiermit einhergehenden Nutzen für den Anleger steht. Insoweit sehen wir sogar die Gefahr, dass Gewerbetreibende von einer eigentlich angezeigten (weil geeigneten) Umschichtungsempfehlung absehen, um den damit verbunden Aufwand zu vermeiden.

Im Übrigen erlauben wir uns den redaktionellen Hinweis, dass die Terminologie in den Abs. 1 und 3 nicht einheitlich ist. In Abs. 1 Nr. 3 wird der Begriff „Risikotoleranz“ verwendet, während in Abs. 3 von „Risikobereitschaft“ die Rede ist. Da beides der Sache nach identisch ist, wird angeregt, Abs. 1 im Sinne einer Vereinheitlichung auf „Risikobereitschaft“ zu ändern (dieser Begriff wird auch in Art. 54 DV verwendet).

Zu § 16 Abs. 3a FinVermV-E: Zielmarkt

Bei § 16 Abs. 3a FinVermV-E (Zielmarkt) besteht insoweit Änderungsbedarf, als die Norm über die für Wertpapierdienstleistungsunternehmen geltende Rechtslage hinausgeht.

Zum einen schreibt § 16 Abs. 3a FinVermV-E vor, dass „nur“ innerhalb des Zielmarktes des Zielmarktes vermittelt werden darf, die Vorschrift sieht also keine Ausnahmen vor. Demgegenüber geht die ESMA für den WpHG-Bereich in ihren Product Governance-Leitlinien (dort z.B. Rn. 52, 70) davon aus, dass ein Vertrieb außerhalb des Zielmarkts zulässig ist, wenn hierfür berechtigte Gründe vorliegen (insbesondere bei Verfolgung eines Portfolioansatzes). Dies erscheint auch sachgerecht, da nur durch eine flexible Handhabung im Einzelfall ein für den Anleger individuell geeigneter Abschluss gewährleistet werden kann. Es wäre z.B. nicht nachvollziehbar, weshalb einem Anleger mit dem Wunsch nach einer ausgewogenen Anlagestrategie im Rahmen einer Anlageberatung kein Mix aus 90 % Rentenfonds und 10 % Aktienfonds empfohlen werden dürfte, nur weil die Zielmarktbestimmung für den Aktienfonds isoliert betrachtet auf Anleger mit einer höheren Risikobereitschaft abstellt.

Gleiches gilt, wenn der Anleger eine Anlage mit einem defensiveren Zielmarkt erwirbt, als nach seinen persönlichen Umständen eigentlich ermittelt. Die Zielmarktbestimmungen sollten insoweit also zumindest eine Abwärtskompatibilität ermöglichen. Um einen Vertrieb außerhalb des Zielmarktes in den genannten Ausnahmefällen zu gewährleisten, könnte S. 1 des Absatzes 3a folgender Halbsatz angefügt werden:

es sei denn, es liegen im konkreten Einzelfall berechtigte Gründe für eine Abweichung vom Zielmarkt vor oder der Risikograd der zu erwerbenden Finanzanlage fällt geringer aus als der für den Anleger bestimmte Zielmarkt.

Darüber hinaus könnte § 16 Abs. 3a bei wörtlicher Auslegung so zu verstehen sein, dass der Gewerbetreibende auch dann alle Zielmarktkriterien zu prüfen hat, wenn er gegenüber dem Anleger nur Vermittlungsleistungen (beratungsfreies Geschäft, Execution-only) erbringt. Dies ist schon deshalb nicht interessengerecht, weil hierdurch der Pflichtenumfang des Vermittlers nach § 16 Abs. 2 und 5 FinVermV-E erweitert und faktisch doch eine Anlageberatung nebst vollumfänglicher Geeignetheitsprüfung geschuldet würde. Außerdem würden hierdurch strengere Pflichten gelten als für Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Denn für den WpHG-Bereich knüpft die ESMA den Umfang der zu berücksichtigenden Zielmarktkriterien an die Art der erbachten Finanzdienstleistung und gesteht Instituten zu, nur solche Daten abzugleichen, die im Rahmen der erbrachten Wertpapierdienstleistung erhoben werden. Demzufolge sollte in § 16 Abs. 3a klargestellt werden, dass dies im Rahmen der FinVermV ebenfalls gilt, z.B. durch Einfügung eines Satzes 4:

Der Gewerbetreibende hat nur solche Zielmarktkriterien abzugleichen, zu deren Überprüfung er nach den Absätzen 1-3 und 5 verpflichtet ist.

Abschließend machen wir darauf aufmerksam, dass in der Entwurfsfassung offenkundig ein Redaktionsfehler vorliegt. Abs. 3a des § 13 FinVermV existiert bereits und regelt die Pflichten beim Crowdinvesting nach dem VermAnlG. Den Zielmarktbestimmungen dürfte eine andere Absatznummer zuzuweisen sein.

Zu § 17 FinVermV-E: Zuwendungen

Der AfW begrüßt ausdrücklich, dass im Entwurf nicht die für Wertpapierdienstleistungsunternehmen bestehenden Vorschriften übernommen wurden. In rechtlicher Hinsicht bestehen insoweit keine Bedenken, weil Art. 3 Abs. 2 MiFID II nicht auf die Zuwendungsvorschriften der Richtlinie verweist. Aber auch in der Sache wäre eine Übernahme in die FinVermV nicht interessengerecht – zumal, wenn man die restriktive Verwaltungspraxis der BaFin zum Umgang mit Zuwendungen berücksichtigt. Die Aufsichtsbehörde steht auf dem Standpunkt, dass jeder (vereinnahmte oder gewährte) Zuwendungs-Euro zur Qualitätsverbesserung verwendet werden muss, also keine Gewinnanteile einbehalten werden dürfen. Ungeachtet des Umstandes, dass diese Rechtsauffassung kaum mit den zugrunde liegenden MiFID II-Vorschriften vereinbar sein dürfte, wäre eine Übertragung auf Finanzanlagenvermittler fatal. Denn anders als eine Bank, welche Einnahmen auch aus anderen Geschäftsfeldern erzielen kann (die nicht von der MiFID II erfasst werden), stellen Zuwendungen für einen Gewerbetreibenden mit Zulassung nach § 34f GewO im Regelfall die einzige Einnahmequelle dar. Ein Verbot, hieraus Gewinne zu erzielen, käme damit faktisch einem Berufsverbot gleich, welches schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zu rechtfertigen wäre.

Allerdings weisen wir in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die beschriebene Verwaltungspraxis der BaFin im WpHG bereits derzeit erhebliche Auswirkungen auf Finanzanlagenvermittler hat. Denn im Bereich der offenen Investmentvermögen werden die Provisionen von der Depotbank an den Finanzanlagenvermittler ausgekehrt. Da die Zuwendungsvorschriften aber auch für die Gewährung von Zuwendungen gelten, machen Depotbanken unter Hinweis auf die BaFin-Auffassung Finanzanlagenvermittlern seit dem 03.01.2018 die Vorgabe, dass der jeweilige Vermittler nachweisen muss, dass jeder Provisionseuro zu Qualitätsverbesserung verwendet wurde, andernfalls die Provision als nicht verdient gilt und zurückzuzahlen ist. Im depotfähigen Geschäft kommen die Zuwendungsrestriktionen des WpHG damit auch für Finanzanlagenvermittler faktisch voll zum Tragen, wodurch die im Verordnungsentwurf vorgesehene Regelung in diesem Bereich vollständig ausgehebelt wäre. Um dies zu verhindern und Wertungswidersprüche zu vermeiden, wäre die Aufnahme eines klarstellenden/deklaratorischen Hinweises in § 17 FinVermV-E sinnvoll, beispielsweise durch Einfügung eines Absatzes 4, der wie folgt lauten könnte:

Unter den in Abs. 1 genannten Voraussetzungen darf der Gewerbetreibende auch Zuwendungen annehmen, die ihm von einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinne des Wertpapierhandelsgesetzes gewährt werden.

Zu § 18 FinVermV-E: Geeignetheitserklärung

Bei der Geeignetheitserklärung übernimmt der Entwurf in § 18 vollumfänglich die Regelungen des Art. 59 DV. Dies ist insoweit bedauerlich, als Art. 59 seinerseits sehr unkonkret ausfällt. Die Vorschrift besagt nur, dass dargelegt werden muss, inwiefern die Empfehlung auf die persönlichen Verhältnisse des Anlegers (Anlageziele etc.) abgestimmt ist und zu ihm passt. Hieraus lässt sich lediglich ableiten, dass der Schwerpunkt bei der Geeignetheitserklärung auf der Begründung der Empfehlung liegt, während im früheren Beratungsprotokoll die Kundenexploration im Vordergrund stand. Allerdings fehlt es an fassbaren Kriterien zu Art und Umfang der Begründung. Muss diese z.B. in jedem Fall individuell ausfallen oder können Teile standardisiert werden, welche Detailtiefe muss die Begründung haben, bestehen unterschiedliche Anforderungen je nach Komplexität und Risikograd der Finanzanlage? Es wäre daher wünschenswert, wenn dem Gewerbetreibenden in der FinVermV nähere Kriterien an die Hand gegeben werden, um Fehlentwicklungen bei der Umsetzung der diesbezüglichen Pflichten von vorneherein entgegen zu wirken. Da weder die MiFID II noch die DV hierzu (entgegenstehende) Vorgaben machen, dürfte eine entsprechende Ergänzung des § 18a FinVermV-E rechtlich ohne Weiteres zulässig sein.

Zu § 18a FinVermV-E: Aufzeichnung Telefongespräche und elektronische Kommunikation

1.

Der neu aufgenommene § 18a FinVermV-E enthält die Verpflichtung des Gewerbetreibenden, Telefongespräche und elektronische Kommunikation aufzuzeichnen. Da dies, wie eingangs dieser Stellungnahme ausgeführt, zu einer erheblichen Mehrbelastung führt, bitten wir, die europarechtliche Notwendigkeit der Vorschrift – auch unter Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit - nochmals kritisch zu überprüfen. Hierbei sind auch die vom europäischen Gesetzgeber genannten und Zwecke der Aufzeichnungspflicht zu berücksichtigen.

Nach Erwägungsgrund 57 zur MiFID II soll hierdurch gewährleistet werden,

„dass die Bedingungen aller von den Kunden erteilten Aufträge und deren Übereinstimmung mit den von den Wertpapierfirmen ausgeführten Geschäften nachgewiesen werden können, und dass alle Verhaltensweisen aufgedeckt werden, die im Hinblick auf Marktmissbrauch relevant sein können“.

Die Gesetzesbegründung stellt also auf den Auftrag als solchen ab – nicht aber auf vorangehende Gespräche. In Einklang hiermit eröffnet Art. 16 Abs. 7 MiFID II den zwingenden Anwendungsbereich der Bestimmungen nur für Kommunikation, die sich auf „die sich auf die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen beziehen“. Aus Art. 76 DV ergibt sich ebenfalls kein weitergehender Anwendungsbereich.

Hieraus folgt, dass aus europarechtlichen Gründen zwingend nur solche Kommunikation aufzuzeichnen ist, in welcher der Kunde einen Auftrag erteilt. Dieser Fall ist aber zumindest bei Telefongesprächen nicht denkbar. Denn die Annahme, Übermittlung oder Ausführung eines telefonisch erteilten Auftrages ist für einen Gewerbetreibenden ohnehin nicht zulässig. Hierfür bedarf es vielmehr einer KWG-Zulassung als Abschlussvermittler, Finanzkommissionär oder Finanzportfolioverwalter. Nach unserer Auffassung lassen es die europarechtlichen Vorgaben daher zu, Telefonausgespräche von der Aufzeichnungspflicht auszunehmen. Wir empfehlen daher, § 18a FinVermV-E auf sonstige elektronische Kommunikation zu beschränken.

Jedenfalls aber wären die Aufzeichnungen aus den vorgenannten Gründen auf solche Telefongespräche zu beschränken, die tatsächlich zu einem Abschluss führen. Dass 83 Abs. 3 S. 4 WpHG etwas anderes bestimmt, stünde dem nicht entgegen. Denn die Vorschriften des WpHG gehören nicht zu den Normen, die von Art. 3 Abs. 2 MiFID II in Bezug genommen werden.

2.

Unabhängig hiervon erlauben wir uns, zu der Vorschrift folgende ergänzenden Anmerkungen zu machen:

Zunächst weisen wir darauf hin, dass die Regelungen in § 18a FinVermV-E teilweise nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt sind. Soweit es Telefongespräche betrifft, bezieht sich die Regelungsbefugnis des Verordnungsgebers nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 34g Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GewO nur auf

„telefonische Beratungsgespräche“.

Dementsprechend sind die Passagen, welche sich im Zusammenhang mit Taping auf die Anlagevermittlung beziehen, von vorneherein zu streichen.

Ungeachtet dessen haben wir Bedenken, ob die Regelungen hinreichend bestimmt sind. Insbesondere bleibt unklar, welche konkreten Teile eines Telefonats (nicht) aufgenommen werden müssen, die vorhandene „insbesondere“-Klausel enthält keine hinreichende Begrenzung. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass ein Spannungsfeld zu datenschutzrechtlichen Vorschriften, ja sogar zu § 201 StGB besteht. Es ist einem Gewerbetreibenden aber nicht zumutbar, derart schwierige Rechtsfragen aufzulösen und sich bei einer falschen Einschätzung ggf. sogar strafbar zu machen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Verordnungsgeber bzgl. des Aufzeichnungsumfanges einen relativ großen Gestaltungsspielraum hat. Weder Art. 16 Abs. 7 MiFID II noch Art. 76 DV machen hierzu konkrete Vorgaben. Die Vorschriften des WpHG sind rechtlich ohnehin kein Maßstab bei der Umsetzung im Rahmen der FinVermV, ebenso wenig Verlautbarungen der Aufsichtsbehörden BaFin und ESMA. Dementsprechend wäre es angezeigt, den aufzeichnungspflichtigen Inhalt in der FinVermV möglichst eng und abschließend zu definieren.

Schließlich ist die Reichweite des Verweises auf Art. 76 DV in § 18a FinVermV-E unklar. Es bleibt offen, ob mit „Anforderungen an die Aufzeichnungspflicht“ nur die Aufzeichnungen als solche gemeint sind oder mit dem Verweis der gesamte Pflichtenkatalog in Bezug genommen wird, auch wenn es nur um die (organisatorische) Rahmenbedingungen geht. Verhältnismäßig wäre nur der erstgenannte Fall. Demnach wäre zumindest eine Klarstellung wünschenswert, welche der Absätze des Art. 76 DV konkret anwendbar sein sollen.

Zu § 22 FinVermV-E: Aufzeichnungspflicht

1.

In § 22 FinVermV-E sehen wir Änderungsbedarf bei der Rahmenvereinbarung, welche in Abs. 2 Nr. 1a geregelt ist. Der Vorschrift kommt keine konstitutive Wirkung zu, eine Pflicht zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zu statuieren. Insoweit würde es auch an einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage fehlen, da § 34g GewO nicht vorsieht, dass der Verordnungsgeber den Gewerbetreibenden unter Eingriff in den Grundsatz der Privatautonomie verpflichten kann, irgendwelche Verträge mit dem Anleger zu schließen. Dementsprechend ist in der Norm klarstellend der Zusatz „soweit vorhanden“ aufzunehmen.

2.

Darüber hinaus sollten die Verweisungen auf die Art. 74 und 75 DV in § 22 Abs. 3 FinVermV-E ersatzlos gestrichen werden. Sie sind unter keinem Gesichtspunkt sachgerecht, sondern würden für den Gewerbetreibenden lediglich überflüssigen und unangemessenen Bürokratieaufwand bedeuten. Art. 74 und 75 DV verweisen ihrerseits auf einen ausufernden Katalog in Anhang IV der Verordnung. Die dort aufgeführten Punkte sind aber zum einen auf Wertpapierdienstleistungsunternehmen zugeschnitten, welche Aufträge für den Kunden tatsächlich ausführen. Zum anderen sind die Punkte nur im depotfähigen Geschäft (nicht aber bei AIFs und Vermögensanlagen) relevant. Allerdings hat der Gewerbetreibende selbst beim depotfähigen Geschäft von nahezu keinem der zu dokumentierenden Umstände Kenntnis. Da alleine die Depotbank die Aufträge ausführt, verfügt nur sie über die erforderliche Kenntnis. Vorschriften, die in der Praxis ins Leere laufen und damit nicht geeignet sind, den hiermit verfolgten Zweck zu erreichen, sind jedenfalls unverhältnismäßig, wenn sie den Normadressaten (hier den Gewerbetreibenden) unangemessen belasten.

Zu § 22 FinVermV-E: Aufbewahrung

Nach § 22 FinVermV-E soll der Gewerbetreibende die erforderlichen Aufzeichnungen in seinen „Geschäftsräumen aufbewahren“. Dies ist im Internetzeitalter mit vielfältigen Möglichkeiten, Daten an anderen Orten (z.B. in einer Cloud) zu speichern, nicht praxisgerecht. Insoweit ist es ausreichend, dass jederzeit auf die Daten zugegriffen werden kann. Die Vorschrift könnte daher ohne eine Beeinträchtigung des verfolgten Ziels wie folgt umformuliert werden:

Die in § 22 genannten Unterlagen sowie die Aufzeichnungen nach § 18a Absatz 1 Satz 1 und Absatz 4 sind fünf Jahre auf einem dauerhaften Datenträger vorzuhalten und aufzubewahren, auf den in den Geschäftsräumen jederzeit zugegriffen werden kann.

Zu Art. 2 Änderungsverordnung-E: Inkrafttreten

Aus den oben bereits dargelegten Gründen ist eine Übergangsfrist von mindestens sechs Monaten bis zum Inkrafttreten der geänderten FinVermV vorzusehen, um Gewerbetreibenden die Umsetzung der umfangreichen Neuerungen zu ermöglichen.

Bundesverband Finanzdienstleistung AfW e.V.

Norman Wirth
Geschäftsführender Vorstand

Frank Rottenbacher
Vorstand

(Beratung durch Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht Daniel Berger, Wirth-Rechtsanwälte PartmbB, Berlin)