

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Referat VII B3
Scharnhorststr. 34-37
10115 Berlin

per E-Mail:

Kirsten.Glueckert@bmwi.bund.de
BUERO-VIIB3@bmwi.bund.de

22. Nov. 2018

**Stellungnahme der
BMI/Bundesarbeitsgemeinschaft mittelständischer Investmentpartner zum
Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums zur Änderung der Finanzanlagen-
vermittlungsverordnung (FinVermV)**



Sehr geehrte Frau Glückert, sehr geehrte Damen und Herren,

zum Referentenentwurf der FinVermV möchten wir wie folgt Stellung nehmen:



1.) E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Laut Referentenentwurf sind die entsprechenden Angaben zum **Erfüllungsaufwand** für die Wirtschaft bzw. für die betroffenen Unternehmen noch zu ergänzen.



Im Hinblick auf die geplanten Aufzeichnungspflichten von Telefongesprächen entsteht in diesem Zusammenhang jedoch ein erheblicher Erfüllungsaufwand durch die Implementierung von rechtssicheren organisatorischen und technischen Maßnahmen.



Dass dieser Erfüllungsaufwand zum gegenwärtigen Zeitpunkt laut Vorlage nicht Gegenstand der Beratungen zum Referentenentwurf ist, halten wir für einen schwerwiegenden Nachteil für die betroffenen Unternehmen. Bei letzteren handelt es sich überwiegend um Finanzanlagevermittler gemäß § 34f GewO. Die durchschnittliche Unternehmensgröße und



Mitarbeiteranzahl von Finanzanlagevermittlern liegt in der Regel erfahrungsgemäß deutlich unter der von Wertpapierdienstleistungsunternehmen.

Die Sockel-Einrichtungskosten u. a. zur Umsetzung von § 18a FinVermV-E bedeuten demnach für Finanzanlagevermittler ein deutlich höhere anteilmäßige Belastung als für Wertpapierdienstleistungsunternehmen bezogen auf Umsatz und Mitarbeiteranzahl und somit einen entsprechend höheren Wettbewerbsnachteil hinsichtlich bestimmter Dienstleistungen.

Der Aufwand stellt zudem einerseits eine weitere erhebliche Markteintrittsbarriere dar, auf der anderen Seite führt diese geplante Regelung dazu, dass eine signifikante Zahl von Vermittlern und Berater ihre Tätigkeit einstellen werden müssen. Eine weitere unausweichliche Folge besteht zudem darin, dass Anleger dann zu bestimmten Anlageprodukten kaum noch oder gar nicht mehr beraten werden.

Änderungsvorschlag: Bei der Taxierung des Erfüllungsaufwand sollte die anteilmäßige Kostenbelastung daher im weiteren Verfahren ebenso betrachtet und einbezogen werden wie der absolute Gesamtaufwand, um zu einer verhältnismäßigen und größenadjustierten Regulierung zu gelangen.

2) Zu Nummer 12 (§ 13 FinVermV-E)

- § 13 Abs. 1 Nr. 1 FinVermV-E verpflichtet zur Angabe von Produkt-Informationen „*unter Berücksichtigung des **Zielmarktes** im Sinne des § 80 Absatz 9 des Wertpapierhandelsgesetzes*“

Durch die Bezugnahme auf § 80 Abs. 9 WpHG ist demnach auch „*sicherzustellen, dass die beabsichtigte Vertriebsstrategie dem (...) bestimmten Zielmarkt entspricht*“. Hier ist aus unsere Sicht ebenfalls klarzustellen und u. a. unter Bezugnahme auf die ESMA-„*Leitlinien zu den Produktüberwachungsanforderungen der MiFID II*“ vom 5.2.2018 und die damit einhergehende ESMA-Konsultation

<https://www.esma.europa.eu/press-news/consultations/draft-guidelines-mifid-ii-product-governance-requirements>

zu ergänzen, dass in begründeten Fällen Produkte außerhalb des positiven Zielmarktes verkauft werden können, nicht zuletzt um im bestmöglichen Interessen des Kunden Diversifizierungs- und Portfoliogesichtspunkte berücksichtigen zu können. Ohne entsprechende Ergänzung/Klarstellung würde diese Vorschrift übrigens auch zu einer Entmündigung der Anleger führen, die gegebenenfalls obgleich der Divergenz von Zielmarke und eigener Situation trotzdem die Anlage tätigen wollen. In diesem Fall sind hier entsprechende Erklärungen zum Nachweis zu fertigen.

Änderungsvorschlag: Aus unserer Sicht dient zur Klarstellung die Einfügung folgenden Hinweises am Ende von § 13 Abs. 1 Nr. 1 FinVermV-E sowie im Begründungsteil des Referentenentwurfs ,zu Nummer 12 (§ 13 FinVermV)‘:

„Bei der vorgeschlagenen Anlagestrategie unter Berücksichtigung des Zielmarktes gelten die ESMA-Leitlinien zu den Produktüberwachungsanforderungen der MiFID II vom 5.2.2018 Nr. 70-74 entsprechend.“

3) Zu Nummer 12 (§ 13 FinVermV-E)

- § 13 Abs. 2 Satz 3 FinVermV-E überträgt sog. **periodische Ex-post-Informationen** über Kosten auf Finanzanlagevermittler „unter den in Artikel 50 Absatz 9 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 genannten Voraussetzungen“. Letztgenannte Voraussetzungen beziehen sich jedoch ausdrücklich auf „Wertpapierfirmen“, wogegen Finanzanlagenvermittler im Unterschied hierzu keine Kundengelder annehmen bzw. verwalten und ebenfalls kein Ausführungsgeschäft betreiben dürfen (siehe hierzu ebenfalls Nr. 4). Auch die in § 13 Abs. 2 Satz 4 FinVermV-E genannten Pflichten entsprechend der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 sind in dieser Form nicht sinnvoll auf Finanzanlagenvermittler anwendbar.

Sofern Finanzanlagenvermittler zu AIF und Vermögensanlagen beraten und vermitteln, besteht bei Abschluss eine unmittelbare Vertragsbeziehung zwischen Emittent und Kunde, in Form eines Gesellschaftsbeitritts oder eines Darlehens- oder Kauf-/Mietvertrages o. ä. Gemäß den entsprechenden Vorschriften bestehen für die Emittenten bereits hinreichende Aufklärungspflichten hinsichtlich der Kosten auch während der Laufzeit. Bei offenen In-

vestmentfonds erhalten Kunden die entsprechenden Informationen von der depotführenden Stelle.

Eine zusätzliche periodische Kostenaufklärung seitens des Vertriebs nach initialer Offenlegung der Abschlusskosten würde demnach nur zu Redundanz-Effekten führen.

Änderungsvorschlag: § 13 FinVermV-E Abs. 2 Satz 3 und 4 sind zu streichen.

4) Zu Nummer 12 (§ 13 FinVermV-E)

- § 13 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 FinVermV-E: Das dort genannte **Ausführungsgeschäft** bzw. die **Abschlussvermittlung** ist für Finanzanlagenvermittler nicht zulässig. Bekanntlich unterfällt Abschlussvermittlung, nämlich in Vertretung des Kunden für dessen Rechnung Finanzinstrumente anzuschaffen oder zu veräußern, seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Anpassung von Gesetzen auf dem Gebiet des Finanzmarktes vom 15.07.2014 (BGBl. I S. 934) nicht mehr der Bereichsausnahme und erfordert entsprechend eine Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG (vgl. BaFin-Merkblatt zur Bereichsausnahme für die Vermittlung von Investmentvermögen und Vermögensanlagen sowie Schönleiter, in Landmann/Rohmer GewO § 34f Rn. 2, 48–49).

Änderungsvorschlag: § 13 FinVermV-E Abs. 4 Satz 1 und 1 sind zu streichen.

5) Zu Nummer 14 (§ 16 FinVermV-E)

- § 16 Abs. 3a FinVermV-E: Zum Vertrieb von Produkten innerhalb und in begründeten Fällen außerhalb des **Zielmarktes** verweisen wir analog auf unsere Ausführungen unter Punkt 2.

Änderungsvorschlag: Aus unserer Sicht dient zur Klarstellung die Einfügung folgenden Hinweises am Ende von § 16 Abs. 3a FinVermV-E sowie im Begründungsteil des Referentenentwurfs zu Nummer 14 (§ 16 FinVermV):

„Bei der Vereinbarkeit der Finanzanlage mit den Bedürfnissen des Anlegers unter Berücksichtigung des Zielmarktes gelten die ESMA-Leitlinien zu den Produktüberwachungsanforderungen der MiFID II vom 5.2.2018 Nr. 70 bis 74 entsprechend.“

6) Zu Nummer 17 (§ 18a FinVermV-E)

- § 18a Abs. 1 Satz 1 und 2 definieren den Geltungsbereich für **aufzeichnungspflichtige Kommunikation** u. E. nicht spezifisch genug. Hieraus resultieren zahlreiche Abgrenzungsprobleme und Rechtsunsicherheiten, auf die im Begründungsteil des Referentenentwurfs durchaus Bezug genommen wird, ohne dass jedoch damit eine hinreichende Klärung erfolgen würde:

Bspw. wird dort der offenkundige Konflikt der Aufzeichnungspflicht u. a. bei Telefongesprächen mit verfassungsrechtlichen Vorgaben und dem Strafgesetzbuch (§ 201 Abs. 1, Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes) thematisiert, ohne dass ein konkreter Lösungsweg aufgezeigt würde, wie Finanzanlagenvermittler derartige Rechtsverstöße und Normenkonflikte in der Praxis vermeiden können.

Demgegenüber bezieht sich der Ursprungstext der MiFID II-Richtlinie im wesentlichen nur auf die Ausführung von Kundenaufträgen bzw. die Ordererteilung: Die vorgeschriebenen Aufzeichnungen *„enthalten die Aufzeichnung von Telefongesprächen oder elektronischer Kommunikation zumindest in Bezug auf die beim Handel für eigene Rechnung getätigten Geschäfte und die Erbringung von Dienstleistungen, die sich auf die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen beziehen“* (Art. 16 Abs. 7 MiFID II-Richtlinie).

Eine weitere Disparität entsteht durch den Umstand, dass *„Telefongespräche und elektronische Kommunikation, die sich auf Versicherungsprodukte oder Darlehen beziehen, nicht unter die Aufzeichnungspflicht fallen“*. Da in der Praxis jedoch in der Regel Finanzanlagenvermittler zumindest auch oftmals eine Erlaubnis als Versicherungsvermittler/-makler haben, entsteht in der Praxis voraussichtlich ein ‚zerhackter‘ Flickenteppich von Gesprächsaufzeichnungsfragmenten, die zahlreiche Anwendungsprobleme aufwerfen dürften.

Zudem kollidiert die in § 18a FinVermV-E festgeschriebene Aufzeichnungspflicht mit der expliziten ESMA-Vorgabe, Gesprächsinhalte komplett und lückenlos aufzuzeichnen (ESMA

Questions and Answers On MiFID II and MiFIR investor protection and intermediaries topics, Kap. 3.8), was zu weiteren rechtlichen Grauzonen und Auslegungsschwierigkeiten führt.

Die Gesamtbetrachtung führt u. E. zu der Schlussfolgerung, dass die in MiFID II kodifizierte Aufzeichnungspflicht für telefonische Ordererteilungen von Wertpapierdienstleistungsunternehmen in dieser Form nicht sinnvoll und rechtssicher auf das Beratungs- und Vermittlungsgeschäft von Finanzanlagevermittlern anwendbar ist. Aus gutem Grund sieht ebenfalls die IDD im Versicherungsbereich und die Immobilienkreditrichtlinie eine entsprechende Aufzeichnungspflicht ebenfalls nicht regelmäßig vor.

Zudem hat die BaFin-Exekutivdirektorin Elisabeth Roegele unlängst auf dem 12. Regulatorischen Symposium der Börse Stuttgart angekündigt, dass sich aufgrund der bisher vorliegenden negativen Erfahrungen aus der MiFID II-Umsetzung bei den Aufzeichnungspflichten eine Initiative für deutliche Nachbesserungen in diesem Bereich auf der Brüsseler Ebene einsetzen wird. Daher ist davon auszugehen, dass hier für die überwiegend kleinen und mittleren Betriebe, die den Großteil der der FinVermV unterliegenden Unternehmen ausmachen, eine mit hohen Kosten verbundene Bürokratie aufgebaut wird, die schon in Bälde gar nicht mehr oder nur noch in deutlich geringerem Maße notwendig ist.

Auch aus Anlegerschutz Gesichtspunkten sprechen u. E. keine gewichtigen Gründe für die Aufzeichnungspflicht gemäß § 18a FinVermV-E: Warum sollten bspw. telefonische Beratungsgespräche aufgezeichnet werden, während dies für Beratungsgespräche in physischer Präsenz nicht erforderlich ist und auch Beratungsprotokolle künftig obsolet sind? Im Ergebnis würde dies dazu führen, dass das Angebot von telefonischer Beratung bzw. per Fernkommunikation deutlich eingeschränkt wird mit den entsprechenden Nachteilen für Kunden von Finanzanlagenvermittlern und daraus resultierenden Wettbewerbsnachteilen für die betroffenen Unternehmen.

Änderungsvorschlag: Wir empfehlen daher die Streichung von § 18a FinVermV-E.

Sollte eine komplette Streichung des § 18a FinVermV-E aus europarechtlichen oder sonstigen gesetzestechnischen Erwägungen nicht möglich erscheinen, empfehlen wir neben einer

angemessenen Übergangsfrist für das Inkrafttreten von § 18a FinVermV-E statt dessen folgende Anpassungen:

7) Zu Nummer 17 (§ 18a FinVermV-E)

Aufgrund der Probleme, die die Aufzeichnungspflichten schon den i. d. R. um ein Vielfaches größeren Banken und Finanzdienstleistungsinstituten bereiten, sollte in jeden Fall eine Übergangsfrist von mindestens zwei Jahren eingeräumt werden. So könnte gewährleistet werden, dass auch entsprechende technische Systeme zur Verfügung stehen. Vor einer endgültigen Verpflichtung über die FinVermV wäre zudem eine Evaluierung im Hinblick auf die Erfahrungen durch die von der MiFID II betroffenen Institute sinnvoll.

Änderungsvorschlag: Das Inkrafttreten von § 18a FinVermV-E ist mit einer angemessenen Übergangsfrist bspw. zum 01.01.2020 und einem Evaluierungsvorbehalt zu versehen.

8) Zu Nummer 17 (§ 18a FinVermV-E)

- § 18a Abs. 2 FinVermV-E ist in Verbindung mit der Begründung im Referentenentwurf („Nach Absatz 2 ist der Gewerbetreibende verpflichtet, angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um die technische Aufzeichnung von einschlägigen Telefongesprächen und elektronischer Kommunikation zu ermöglichen.“) dahingehend auszulegen, dass Finanzanlagenvermittler dazu verpflichtet sind, die entsprechenden technischen und organisatorischen Voraussetzungen für Aufzeichnungen zu schaffen, unabhängig davon, ob die betroffenen Unternehmen in der Vergangenheit z. B. telefonische Beratungsleistungen angeboten haben oder dies in Zukunft beabsichtigen. Dies erscheint in hohem Maße unverhältnismäßig, so dass wir die Einführung einer ‚Opt-out-Klausel‘ empfehlen: Unternehmen, die bspw. keine telefonische Beratungsleistungen nach § 18a FinVermV-E anbieten wollen oder können, sollten von der Pflicht entbunden werden, die technischen Voraussetzungen anzuschaffen. Dies muss gleichermaßen der Erlaubnisbehörde mitgeteilt werden sowie in den Statusinformationen aufgeführt werden.

Änderungsvorschlag: Am Ende von § 18a Abs. 2 FinVermV-E wird folgende Ergänzung vorgenommen:

„Ausgenommen sind Unternehmen, die der zuständigen Erlaubnisbehörde anzeigen, keine telefonischen und elektronischen Beratungsleistungen nach § 18a FinVermV anzubieten. Dies ist in den jeweiligen Statusbezogenen Informationspflichten an hervorgehobener Stelle zu vermerken und dem Kunden offenzulegen.“

9) Zu Nummer 17 (§ 18a FinVermV-E)

- § 18a Abs. 1 Satz 4 verpflichtet dazu, „Zum Zwecke der Beweissicherung“ die Inhalte von Telefongesprächen und elektronischer Kommunikation aufzuzeichnen, auch wenn diese jeweils nicht zum Abschluss eines Geschäfts führen. Diese Vorgabe ist unzweckmäßig, da bei den hier zugrunde liegenden Geschäften (ggf. im Unterschied zum herkömmlichen Wertpapierhandel) ein Nicht-Abschluss ebenfalls nicht zu Rechtsfolgen oder kausal zu wirtschaftlichen Auswirkungen führt. Aus diesem Grund ist eine Beweissicherung bei Nicht-Abschluss entbehrlich bzw. unverhältnismäßig.

Daneben ist in der Praxis u. a. bei den grds. infungiblen Produktgattungen AIF und Vermögensanlagen (gemäß Erlaubnis § 34f Nr. 2 und 3) aufgrund der rechtlichen Struktur keine denkbare Konstellation ersichtlich, in der Bestandskunden eine rechtliche Option hätten, sich vorzeitig von ihren Beteiligungen zu trennen, so dass auch diesbezüglich kein Beweissicherungserfordernis im Rahmen einer Beratung auftreten kann. Bei offenen Investmentfonds lösen derartige Konstellationen u. E. gemäß Artikel 54 Abs. 11 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 eine Überprüfung der Geeignetheitserklärung aus, unabhängig davon, ob diese gemäß § 18 Abs. 3 ohnehin periodisch erfolgt, so dass keine zusätzliche ‚Beweissicherung‘ erforderlich ist.

Änderungsvorschlag: § 18a Abs. 1 Satz 4 FinVermV-E ist zu streichen.

10) Zu Nummer 17 (§ 18a FinVermV-E) und Nummer 20 (§ 20 FinVermV-E)

- Die §§ 18a Abs. 5 und 6 sowie § 23 FinVermV-E regeln die Löschfristen für aufgezeichnete Kommunikationsinhalte. Die derzeit vorgesehenen Fristen sind jedoch nicht kongruent mit den Verjährungsvorschriften des Aufsichts- und Zivilrechts. Hierdurch ist es denkbar und nicht ausgeschlossen, dass ein Anleger für ein nach Jahren gescheitertes Investment seinen Berater in die Haftung nehmen will und hierfür ggf. – mit oder ohne Vorsatz – manipulierte oder unvollständige Kommunikationsaufzeichnungen verwendet, während das betroffene Unternehmen entsprechende Aufzeichnungen bereits löschen musste und keine entsprechende Dokumentation mehr besitzt. Denn während die Handhabung von Aufzeichnungen durch den Gewerbetreibenden sehr eng reglementiert ist, gelten für die Kunden keine analogen Einschränkungen. Zur Vermeidung daraus resultierender Rechtsunsicherheiten und existentiell bedrohlicher Haftungsrisiken für Finanzdienstleister ist ein gerichtliches Beweisverwertungsverbot notwendig:

Änderungsvorschlag: Am Ende von § 23 FinVermV-E wird folgende Ergänzung vorgenommen:

„Nach Ablauf der Aufbewahrungsfristen unterliegen die Aufzeichnungen einem gerichtlichen Beweisverwertungsverbot.“

Wir bedanken uns für Ihre Aufmerksamkeit und verbleiben mit herzlichen Grüßen für die Bundesarbeitsgemeinschaft mittelständischer Investmentpartner/BMI



Dipl.-Kfm. Uwe Kremer



Christian Prüßing M. A.
Finanzbetriebswirt (IWW)

c/o kapital-markt intern Verlag GmbH

Grafenberger Allee 30

40237 Düsseldorf

Tel: 0211 6698 – 164

Fax: 0211 6912 – 440

E-Mail: kmi@kmi-verlag.de

www.kmi-verlag.de

Herausgeber: Dipl.-Ing. Günter Weber

Geschäftsführer: Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, RA Gerrit Weber, Dipl.-Ing. Günter Weber

Handelsregister: HRB 71651 AG Düsseldorf

Gerichtsstand: Düsseldorf