

BMI Bundesarbeitsgem. (c/o kapital-markt intern) | Bahnallee 3 | 56410 Montabaur

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
VIIB3

11019 Berlin

30.11.2022

Betreff: Entwurf einer Verordnung zur Änderung der Gewerbeanzeige- und der Finanzanlagen
vermittlungsverordnung
Aktenzeichen: VIIB3 - 72205/004-01#006

Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft mittelständischer Investmentpartner/BMI

Vorab-Zusammenfassung:

- 1. Gesetzestechnisch ist nur eine **Aktualisierung** der Verweise in der FinVermV erforderlich. Die **Dynamisierung**/automatische Anpassung an EU-Recht ist u. a. verfassungsrechtlich kritisch zu sehen, da dies dem Bundesrat und damit den Ländern als ausführende Organe die Einflussmöglichkeiten entzieht.
- 2. Rechtssicherheit bei **Kettenverweisen**: Die Pflichten der Gewerbetreibenden nach § 34 f und h GewO müssen sich auf die Berücksichtigung der EU-Artikel beschränken, auf die in der FinVermV verwiesen wird. Problematisch ist, dass die Verweise teilweise nicht ‚selbsterklärend‘ sind: Beispielsweise sind zur Definition von „Nachhaltigkeitsfaktoren“ indirekt weitere EU-Verordnungen ‚berührt‘, die ebenfalls nicht für § 34f gelten (z. B. die Offenlegungs-VO). Hier ist konkrete Rechtssicherheit in der Anwendung zu schaffen, um einen ausufernden bzw. diffusen Pflichtenkatalog zu vermeiden.
- 3. Ob und in welchem Umfang müssen die **ESMA-Guidelines/Leitlinien** durch § 34f und § 34h beachtet werden? Bei der letzten FinVermV-Novelle 2019 erfolgte ein Hinweis, dass die ESMA-FAQ zu den verwiesenen Artikeln beachtet werden müssen. Im aktuellen Entwurf äußert sich das BMWK dazu nicht, so dass keine hinreichende Rechtssicherheit gegeben ist, da ebenfalls nicht klar ist, welche ESMA-FAQ aktuell gemeint sind. Es gibt daher zur Schaffung von Rechtssicherheit die Notwendigkeit, mögliche Pflichten gemäß aktueller ESMA-Vorgaben entsprechend zu konkretisieren und einzugrenzen.
- 4. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob anfänglich/initial sofort sämtliche **Bestandskunden** auf Nachhaltigkeit abgefragt werden müssen, was einen erheblichen Zeit- und Kostenaufwand darstellen würde, der im Referentenentwurf gar nicht berücksichtigt ist. Zur Vermeidung solcher für mittelständisch geprägte Strukturen schädlicher Optionen ist entsprechend den ESMA-Guidelines die Möglichkeit eines ‚Soft-Openings‘ von max. 12 Monaten ab Inkrafttreten dieser Verordnung u. a. in der Begründung festzuhalten.



- 5. Die Frage der Geltung und Eingrenzung der ESMA-Vorgaben hat ebenfalls Auswirkungen auf die Frage, ob die **Abfrage der Nachhaltigkeitspräferenzen bei Kunden periodisch/jährlich** zu erfolgen hat? Insbesondere bei Bestands-Kunden mit infungiblen Produkten (z. B. AIF), gegenüber denen jedoch keine laufende Beratungsdienstleistungen erbracht werden, wäre dies schlicht eine sinnlose und kostenintensive Bürokratie. Es besteht zudem die Gefahr, dass Kunden von infungiblen Produkten (z. B. AIF) verunsichert werden und z. B. auf dem Zweitmarkt durch vorzeitige Verkäufe aus Verunsicherung unnötige Verluste erleiden, was dem Anlegerschutz grds. zuwiderlaufen würde.
- 6. Es werden für Gewerbetreibende nach § 34 f und h GewO **keine (einmaligen) Kosten** angesetzt für die Einrichtung der Prozesse, was u. E. unrealistisch ist, nicht zuletzt für betroffene Plattformen etc.
- 7. Für die **laufende Abfrage** werden nur 6 Minuten pro Jahr und Kunde angesetzt. Dies ist ersichtlich praxisfern. Hier ist wie bei der letzten FinVermV-Novelle 2019 die Einschaltung des **Normenkontrollrates** vorzusehen.

1 Zu Artikel 2, Nr. 3: Keine Dynamisierung

Mit dieser Änderung soll durch Anpassung des ersten Vollzitats in § 11 Abs. 3 Satz 3 der Verweis der FinVermV auf die Delegierte VO 2017/565 (MiFID II Delegated Regulation) dynamisiert werden.

Wir empfehlen, den Verweis nur zu aktualisieren und ihn nicht grundsätzlich zu dynamisieren. Dadurch wird der Regelungszweck ebenfalls vollständig erreicht, ohne weitere Auslegungsfragen aufzuwerfen. Nr. 3 sollte daher wie folgt gefasst werden:

3. In § 11a Absatz 3 Satz 3 werden die Wörter „, die durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/2294 vom 28. August 2017 (ABl. L 329 vom 28.8.2017, S. 4) geändert worden ist,“ durch die Wörter „, **die durch die Delegierte Verordnung (EU) 2021/1253 vom 21. April 2021 (ABl. L 277 vom 2.8.2021, S. 1) geändert worden ist,**“ ersetzt.

Begründung:

Gesetzestechisch ist nur eine Aktualisierung der Verweise in der FinVermV erforderlich. Die Dynamisierung/automatische Anpassung an EU-Recht unterliegt grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken und ist nicht erforderlich, da dies dem Bundesrat und damit den Ländern als ausführende Organe die Einflussmöglichkeiten grundlegend entzieht. Da der Verweis-Anpassung auch kein Aspekt des Anlegerschutzes zugrundeliegt, ist eine Dynamisierung/automatische Anpassung an EU-Recht ebenfalls nicht angezeigt.

Dynamisch-heteronome bzw. ‚gleitende‘ Verweisungen sind restriktiv zu handhaben, u. a. wenn sie sich auf EU-Recht beziehen. Rn. 248 des Handbuchs der Rechtsförmlichkeiten sieht gleitende Verweisungen auf EU-Recht „*ausnahmsweise*“ vor, „*wenn sie technische Regelungen enthalten, die unverändert übernommen werden müssen*“. Dies ist hier nicht der Fall.

Auch wenn die Fortentwicklung des EU-Rechts auch für Finanzberater gemäß § 34f GewO nachvollzogen werden muss, heißt dies nicht, dass dies durch ein Automatismus erfolgen soll.

Art. 3, Abs. 2 der MiFID II-Richtlinie schreibt bekanntlich vor, dass Berater nach § 34f „*gemäß den Bestimmungen der Mitgliedstaaten Anforderungen unterliegen*“ müssen, die den dort aufgeführten, ausgewählten Bestimmungen der MiFID II-Richtlinie und der zugehörigen

Rechtsakte „entsprechen“. Ein automatischer Nachvollzug von EU-Recht ist nicht vorgesehen. Insbesondere ist ein Automatismus nach unserer Einschätzung auch nicht durch die Verordnungsermächtigung nach § 34g GewO ‚gedeckt‘. Der besondere Gesetzesvorbehalt in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu Rechtsverordnungen („*Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden.*“) hat vor allem Bedeutung bei der Verweisung auf EU-Recht (vgl. Alfred G. Debus, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, Berlin 2008, S. 243ff). Nach unserer Auffassung ist der Ordnungsgeber vorliegend gemäß § 34g GewO nicht ermächtigt, Berater nach § 34f und 34h GewO der künftigen Rechtsentwicklung im EU-Wertpapierrecht automatisch in dieser Form zu unterwerfen, da insbesondere das Ausmaß und der Inhalt der Ermächtigung nicht hinreichend gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in § 34g GewO hierfür bestimmt sind.

Die gleich wirksame Alternative einer Aktualisierung des Verweises anstatt der Dynamisierung sollte daher vorgezogen werden, auch um eventuelle Verzögerungen der Verabschiedung im Bundesrat zu vermeiden. Da u. a. eine laufende Anpassung der ESMA-FAQs und Leitlinien erfolgt, ist zudem für eine Aktualisierung der entsprechenden Level 3-Verwaltungspraxis gesorgt. Auch in dieser Hinsicht ist also Rechtssicherheit gewährleistet und daher auch keine Dynamisierung der FinVermV erforderlich.

2 Zu Artikel 2, Nr. 3: Kettenverweise begrenzen

Die Delegierte Verordnung 2017/565 enthält in ihrer aktuellen Fassung implizite Verweise auf andere EU-Rechtsakte, die nicht für § 34f und § 34h GewO einschlägig sind, z. B. die EU-Offenlegungsverordnung.

So wird z. B. in Art. 2 Nr. 8 der Delegierten Verordnung 2017/565 zur Begriffsbestimmung von „*Nachhaltigkeitsfaktoren*“ auf die Definition von Nachhaltigkeitsfaktoren gemäß Artikel 2 Nr. 24 der Verordnung (EU) 2019/2088 verwiesen.

Um solche impliziten Kettenverweise im Sinne der Rechtssicherheit zu limitieren, ist u. E. in der Begründung. B Besonderer Teil, zu Artikel 2, Nr. 3‘ z. B. folgende Ergänzung als Negativerklärung vorzunehmen bzw. klarzustellen (Formulierungsvorschlag):

„Sofern in der der Delegierten Verordnung 2017/565 u. a. zur Begriffsbestimmung bspw. von ‚Nachhaltigkeitsfaktoren‘ auf die Verordnung (EU) 2019/2088 verwiesen wird, bedeutet dies nicht, dass korrespondierende Pflichten der Verordnung (EU) 2019/2088, insbesondere z. B. in Artikel 4 und 7, ebenfalls für § 34f und § 34h GewO maßgeblich sind.“

3 Zu Artikel 2, Nr. 3: ESMA-Guidelines

In diesem Zusammenhang ist ebenfalls klarzustellen, welche **ESMA-Regelungen** und in welchem Umfang diese für die Auslegung der geltenden Delegierten Verordnung 2017/565 maßgeblich sind. Bei der letzten Anpassung der FinVermV wurde u. a. auf „*die von der ESMA veröffentlichten Q&A (Fragen und Antworten)*“ verwiesen (vgl. BR-Drs. 340/19, S. 23).

Angesichts der fortschreitenden Rechtsentwicklung in diesem Bereich gehen wir davon aus, dass dieser Hinweis aktualisiert werden muss, um für hinreichende Rechtssicherheit zu sorgen. Im vorliegenden Entwurf haben wir hierzu allerdings keine Informationen gefunden.

Wir gehen davon aus, dass seitens ESMA für die Nachhaltigkeitspräferenz-Abfrage im Wertpapierbereich u. a. die *“Guidelines on certain aspects of the MiFID suitability requirements”* einschlägig sein dürften, sofern diese sich auf die entsprechenden Artikel Delegierten Verordnung 2017/565 beziehen, auf die die FinVermV konkret verweist (vgl. ‚Final Report. Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements‘ vom 23.09.2022, ESMA35-43-3172, Annex IV). Nach unserem Verständnis beziehen sich Guidelines 1–7, 9, 10 (inkl. ‚supporting guidelines‘) auf die entsprechenden Artikel 54 und 55 der Delegierten Verordnung 2017/565, so dass ebenfalls im Wege einer Klarstellung in der Begründung der Verordnung, analog zur FinVermV-Novelle 2019, darauf hinzuweisen ist, dass die Geltung der ESMA-Guidelines sich an dieser Stelle auf die genannten Artikel und entsprechenden Guidelines beschränken (Formulierungsvorschlag):

„Zur Auslegung der genannten Artikel der Delegierten Verordnung, sofern in der FinVermV darauf jeweils verwiesen wird, sind die jeweiligen Erwägungsgründe sowie die von der ESMA veröffentlichten Q&A (Fragen und Antworten) und Guidelines heranzuziehen, die sich unmittelbar auf die entsprechenden Artikel beziehen.“

4 Zu Artikel 2, Nr. 3: Bestandskunden

Der (formale) Verweis auf ESMA-Guidelines sollte auch dazu dienen, Rechtssicherheit bezüglich der Frage zu schaffen, wann die erste bzw. initiale Nachhaltigkeits-Präferenzabfrage bei Bestands- und /oder Neukunden erfolgen soll. Hier ist u. a. Guideline 5 (supporting guideline 57 einschlägig). Die ESMA hat dies in ihrem ‚Final Report‘ wie folgt konkretisiert:

„41. ESMA would like to clarify that firms are required by the MiFID II Delegated Regulation to have the new client questionnaires ready at the date of application of the new requirements on 2 August 2022. This will allow any new client or any existing client that wishes to update their profile to do it from that date. That said, ESMA would also like to clarify that, in line with Recital 4 of the Delegated Regulation (EU) 2021/1253, firms could also decide to collect the client’s individual sustainability preferences at the “next regular update” of the client profile review. However, in this respect and in consideration of the importance of the topic and the operational complexities that a complete update of client profiles can entail, ESMA would expect firms to launch the campaign to proactively invite clients to update their profiles with regard to sustainability preferences (unless they have already done so) no later than 12 months after the entry into application of the rules. ESMA further clarifies that, until the firm acquires information on the client’s sustainability preferences, the client will be considered as ‘sustainability-neutral’ and therefore, in line with paragraphs 57 and 85 of the final guidelines, the client could be recommended products both with and without sustainability-related features.“ (vgl. ‚Final Report. Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements‘ vom 23.09.2022, ESMA35-43-3172, S. 27).

Dementsprechend gilt festzuhalten, dass analog zu den oben aufgeführten Vorgaben der ESMA auch für Berater nach § 34f und § 34h der GewO ein sog. ‚Soft-Opening‘ von 12 Monaten gewährleistet ist, wonach nicht der gesamte Kundenbestand nach Inkrafttreten der vorliegenden Verordnung einer sofortigen Präferenzabfrage zu unterziehen ist, was extrem kostenaufwändig wäre. Zur Klarstellung schlagen wir folgende Formulierung für die Begründung vor:

„In Übereinstimmung mit den ESMA-Leitlinien (hier Guideline 5, supporting guideline 57) hat die Abfrage von Nachhaltigkeitspräferenzen bei Neukunden und

Bestandskunden (Update des Kundenprofils), sofern diese gemäß Art. 50 Abs. 9 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 erforderlich ist, bis spätestens 12 Monaten ab Inkrafttreten der vorliegenden Verordnung zu erfolgen.“

5 Zu Artikel 2, Nr. 3: Periodische Abfragepflichten

In diesem Zusammenhang sollte durch Verweis auf ESMA-Guideline 5 (supporting guideline 53) auch klargestellt werden, dass eine periodische, z. B. jährliche Nachhaltigkeitspräferenzabfrage (Client profiling, suitability assessment) ausschließlich in dem Fall zu leisten ist, in dem eine laufende Geschäftsbeziehung des Gewerbetreibenden mit dem Kunden besteht. Die ESMA nennt hier als Voraussetzung die Bereitstellung laufender Beratungs- oder Portfolioverwaltungsdienstleistungen. Damit gäbe es einen Gleichlauf mit der Pflicht zur regelmäßigen, Kosten-Information des Anlegers gemäß Artikel 50 Abs. 9 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565, sofern im Laufe des Kalenderjahres eine laufende Geschäftsbeziehung zwischen dem Gewerbetreibenden und dem Kunden besteht oder bestand.

Insbesondere bei Bestands-Kunden mit infungiblen Produkten (z. B. AIF), gegenüber denen jedoch keine laufende Beratungsdienstleistungen erbracht werden, wäre dies sinnlose und kostenintensive Bürokratie pur. Es besteht sogar eher die Gefahr, dass Kunden von infungiblen Produkten (z. B. AIF) verunsichert werden und z. B. auf dem Zweitmarkt unnötige Verluste erleiden, wenn sich ihre Präferenzen ändern sollten, was dem Anlegerschutz grds. zuwiderlaufen würde. Vor diesem Hintergrund erscheint uns folgende Klarstellung als Ergänzung der Verordnungs Begründung erforderlich:

„Analog zur Pflicht einer regelmäßigen, mindestens aber jährlichen Information des Anlegers nach § 13 Absatz 5 FinVermV besteht die Pflicht zur jährlichen Abfragepflicht der Nachhaltigkeitspräferenz nur, sofern im Laufe des Kalenderjahres eine laufende Geschäftsbeziehung zwischen dem Gewerbetreibenden und dem jeweiligen Kunden besteht. Dies ergibt sich aus Art. 50 Abs. 9 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 sowie aus ESMA-Guideline 5, supporting guideline 53.“

6 Zu E.2 sowie Begründung A, VI Nr. 4 Bürokratiekosten einmalig

Soweit ersichtlich setzt der Referentenentwurf keine einmaligen Kosten für Einrichtung und Anpassung der Geschäftsprozesse zur Abfrage der Nachhaltigkeitspräferenzen an. Anders z. B. noch als bei der letzten FinVermV-Novelle (BR-Drs. 340/19) werden keine einmaligen Umstellungskosten für die Einrichtung der Prozesse (rechtliche Prüfungen, Mitarbeiterschulungen, Software-Anpassungen etc.) zur Nachhaltigkeits-Präferenzabfrage berücksichtigt, was äußerst erklärungsbedürftig erscheint, nicht zuletzt für betroffene Plattformen etc. Angesichts des Umstands, dass die EU-Gesetzgebung zur Nachhaltigkeit und einer nachhaltigen Produktwelt äußerst komplex und nicht nur aufsichtsrechtlich ‚im Fluss‘ ist, ist dies mehr als praxisfern. Auch zur Vermeidung von Haftungsrisiken bei der Anlageberatung nach den neuen Vorgaben für Nachhaltigkeit ist dagegen für Gewerbetreibende ein hoher Vorlauf und Aufwand zur Anpassung der Beratungsprozesse u. a. in Form von Rechtsberatungskosten zu erwarten und auch teilweise schon angefallen.

Auf Grund der KMU-Betroffenheit gehen wir davon aus, dass dieser Punkt auch bei der Prüfung der Bürokratiekosten durch den Normenkontrollrat beanstandet würde. Wir regen daher an, die Kosten bzw. den Erfüllungsaufwand diesbezüglich zu überarbeiten. Im Rahmen der

jüngsten BMF-Verordnung zur Umsetzung der Delegierten Richtlinie (EU) 2021/1269 zur Änderung der Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und -Organisationsverordnung wurde der einmalige Erfüllungsaufwand für 500 Institute bei einem vergleichbaren Pflichtenkreis (§ 12 Abs. 4 WpDVerOV) allein schon auf ca. 5,5 Mio. € beziffert.

7 Zu E.2 sowie Begründung A, VI Nr. 4 Bürokratiekosten laufend

Für die **laufende Abfrage** der Nachhaltigkeitspräferenzen werden nur 6 Minuten pro Jahr und Kunde angesetzt. Dies ist ersichtlich praxisfern: Mit der Abfrage der Nachhaltigkeitspräferenzen ist der Pflichtenkatalog schließlich nicht erschöpft. Hinzu kommen Zielmarktgleich und sonstige Explorationspflichten hinsichtlich Produkten sowie zusätzliche Dokumentationspflichten. Hier ist wie bei der letzten FinVermV-Novelle 2019 die Einschaltung des **Normenkontrollrates** vorzusehen und diesbezüglich eine eher kritische Prüfung zu erwarten.

Wieder ausgehend von der jüngsten BMF-Verordnung zur Umsetzung der Delegierten Richtlinie (EU) 2021/1269 zur Änderung der Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und -Organisationsverordnung wurde allein der wiederkehrende Zeitaufwand i. V. mit Abfrage und Zielmarktgleich (§ 12 Abs. 4 WpDVerOV) mit mindestens 120 Minuten angesetzt. Geht man jedoch z. B. vorliegend bei der Anpassung der FinVermV praxisnäher von mindestens 60 Minuten aus, würde sich der laufende Aufwand für Gewerbetreibende nach § 34 f und h GewO nach der vorgelegten Berechnungsweise auf ca. 1 Mrd. € pro Jahr aufsummieren! Diese entspräche mindestens einer Mehrbelastung im 5stelligen Euro-Bereich pro Gewerbetreibendem!

Herzliche Grüße,
Ihre Koordinatoren der
Bundesarbeitsgemeinschaft mittelständischer Investmentpartner (BMI)



Dipl.-Kfm. Uwe Kremer



Christian Prüßing M. A.
Finanzbetriebswirt (IWW)

BMI Bundesarbeitsgemeinschaft mittelständischer Investmentpartner
c/o kapital-markt intern GmbH
Bahnallee 3, 56410 Montabaur
Tel: 02602 91 91 641
Fax: 02602 91 91 646
E-Mail: kmi@kmi-verlag.de
www.kmi-verlag.de

Die Bundesarbeitsgemeinschaft Mittelständischer Investmentpartner/BMI ist unter der Registernummer R001774 im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung registriert.