

An die Vorsitzende des
Finanzausschusses des
Deutschen Bundestages
Frau Ingrid Arndt-Brauer, MdB
Platz der Republik 1

11011 Berlin

06.03.2017

Vorab per E-Mail:
finanzausschuss@bundestag.de

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz, 2. FiMaNoG, Drucksache)

Öffentliche Anhörung des Finanzausschusses am 8.03.2017

Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Vermögensberater

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Arndt-Brauer,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

wir bedanken uns für die Gelegenheit, zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften aufgrund europäischer Rechtsakte Stellung nehmen zu dürfen. Diese nutzen wir gerne und führen wie folgt aus:

I.

Als ältester und mitgliederstärkster Berufsverband vertreten wir seit 1973 die Interessen von derzeit rund 11.000 Mitgliedern und Mitgliedsunternehmen mit insgesamt mehr als 37.000 Vermögensberatern, die monatlich über 400.000 Beratungs- und Verkaufsgespräche führen. Zugleich fühlen wir uns auch den Interessen der rund 6 Millionen Kundinnen und Kunden unserer Verbandsmitglieder verpflichtet.

Die Beratungs- und Vermittlungsleistungen unserer Mitglieder beschränken sich satzungsgemäß nur auf bundesaufsichtsamtl. geprüfte Produkte des Finanzdienstleistungsmarktes. Hierzu zählen zahlreiche Altersvorsorgeprodukte, Versicherungsverträge jeglicher Art, Bausparverträge, Investmentfondsprodukte sowie die Vermittlung von Baufinanzierungen. In der Regel sind unsere Mitglieder Kleinunternehmen, die nahezu ausschließlich als natürliche Personen arbeiten.

Ausdrücklich möchten wir betonen, dass unseren Verbandsmitgliedern die Vermittlung von Produkten des sog. Grauen Kapitalmarktes satzungsgemäß untersagt ist.

Wir legen an dieser Stelle besonderen Wert auf die Feststellung, dass die Mitglieder unseres Verbandes sich bei ihrer Arbeit zudem seit über vier Jahrzehnten bereits an den 1973 vom Bundesverband Deutscher Vermögensberater für seine Mitglieder aufgestellten „Richtlinien für die Berufsausübung“ und den „Grundsätzen für die Kundenberatung“ orientieren. Lange bevor Begriffe wie Vertriebscompliance aufkamen, war dies in unserem Verband schon gelebte Praxis.

II.

Die Zielrichtung des Gesetzentwurfes, die Finanzmarktrichtlinie 2014/65/EU (MiFID II) sowie eine Reihe weiterer EU-Rechtsakte in deutsches Recht umzusetzen, begrüßen wir ausdrücklich.

Wir haben die Entwicklung der MiFID II auf europäischer Ebene bereits seit dem Konsultationsverfahren vom 8.12.2010 aktiv begleitet und hatten auch schon im Zuge des Finanzmarktnovellierungsgesetzes im vergangenen Jahr eine Stellungnahme abgegeben. Im Rahmen der nun erfolgenden nationalen Umsetzung gehen wir nur auf einige besondere Aspekte ein, die jedoch für die Mitglieder unseres Verbandes von sehr großer Relevanz sind.

III.

Hierzu führen wir im Einzelnen aus:

1. **Beratungsprotokoll und Geeignetheitserklärung**

Wir begrüßen die Neuregelung zum Beratungsprotokoll und die Ersetzung des heutigen Beratungsprotokolls durch eine Geeignetheitserklärung entsprechend dem Entwurf zu einem neu gefassten § 64 Abs.4 WpHG.

Wir glauben, dass dem Instrument einer Beratungsdokumentation durch die Umsetzung der europäischen Vorgabe einer Erklärung zur Geeignetheit neuer Schwung verliehen werden kann. Eine entbürokratisierte Version in Form der nun vorgesehenen Geeignetheitserklärung erleichtert die Handhabung durch die Anlageberater und führt zu einer nicht minder wertvollen Dokumentation für die Anleger. Wir sind daher optimistisch, dass mit diesem Wechsel das flächendeckende Angebot der Anlageberatung gestärkt wird und damit auch ein Mehrwert für den Anlegerschutz erreicht werden kann.

Wir empfehlen eine Klarstellung, dass die Erklärung zur Geeignetheit nur dann dem Kunden zur Verfügung gestellt werden muss, wenn der Kunde auch die Durchführung eines Geschäfts beauftragt. Eine Erklärung zur Geeignetheit sollte nicht verlangt werden, wenn der Kunde kein Geschäft abschließt und es bei der Beratung beruhen lässt. Dies entspricht der europäischen

Vorgabe aus Art. 25 Abs.6 Unterabs. 2 MiFID II. Nach der europäischen Vorgabe ist die Erklärung zur Geeignetheit nur bei Kauf- und Verkaufsaufträgen notwendig, nicht aber, wenn sich der Kunde dazu entscheidet, keine Transaktion zu beauftragen.

Zu weit gehen daher die Ausführungen in der Begründung zu dem Regierungsentwurf auf Seite 236, letzter Absatz und bis Seite 237 oben. Es ist nach der europäischen Vorgabe eben gerade nicht bei jeder Anlageberatung eine Geeignetheitserklärung zur Verfügung zu stellen. Aus Art. 25 Abs.6 Unterabs. 2 MiFID II resultiert keine Verpflichtung zur Aushändigung einer Geeignetheitserklärung im Falle einer Halteempfehlung. In diesem Fall wird nämlich gerade keine Durchführung eines Geschäftes beauftragt.

2. Zuwendungen / Provisionen

Wir begrüßen ausdrücklich die Klarstellung in dem neugefassten § 6 Abs.2d) WpDVerOV, wonach als Qualitätsverbesserung für den Kunden auch ein verbesserter Zugang zu Beratungsdienstleistungen durch die Bereitstellung eines weitverzweigten regionalen Netzwerks anerkannt wird.

Uns ist durchaus bewusst, dass im vorliegenden Regierungsentwurf die WpDVerOV herausgenommen wurde. Aber die Befassung mit dem Thema Zuwendungen und Qualitätsverbesserung im Rahmen des Referentenentwurfs und die Notwendigkeit, wichtige Level-2-Regelungen der MiFID II-Richtlinie in deutsches Recht übernehmen zu müssen, veranlasst uns, zu diesem für unsere Verbandsmitglieder zentralen Thema bereits hier Stellung zu beziehen. Zumal die Rechtsverordnung wahrscheinlich parallel zum vorliegenden Gesetzgebungsverfahren finalisiert werden wird.

Wie oben dargelegt, begrüßen wir ausdrücklich den neugefassten § 6 Abs.2d) WpDVerOV, wir regen jedoch an, diese Regelung zu qualitätsverbessernden Maßnahmen zu konkretisieren. Als Klarstellung sollte das Wort „Filialnetzwerk“ durch die Worte „Filial-Beraternetzwerk“ ersetzt werden. Dieser Begriff würde den beabsichtigten Regelungsgehalt der Norm besser wiedergeben.

Wörtlich heißt es in Abs.2 jetzt

2) eine Zuwendung verbessert die Qualität der Dienstleistung für den Kunden im Sinne des § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG, wenn ...

d) ein verbesserter Zugang zu Beratungsdienstleistungen ermöglicht wird, etwa durch die Bereitstellung eines weitverzweigten regionalen Filialnetzwerkes, welches eine

Vor-Ort-Verfügbarkeit von qualifizierten Beratern auch in ländlichen Regionen absichert.

Genau dieser „flächendeckende“ Zugang zu Beratungsdienstleistungen wird durch unsere Verbandsmitglieder mit Ihren tausenden Geschäftsstellen – auch in ländlichen Regionen – gewährleistet.

Die Bereitstellung von qualifizierten Beratern auch in ländlichen Regionen verursacht erhebliche Kosten. Die damit verbundenen Aufwände für eine IT-gestützte Infrastruktur, für Schulung und Qualifizierungsmaßnahmen sowie den Unterhalt von Schulungszentren und von zentralen Steuerungseinheiten dienen der Qualitätsverbesserung für den Kunden.

Die Regelung in § 6 Abs.2d) soll dazu ermuntern, auch weiterhin Beratungsdienstleistungen in der Fläche anzubieten und die Anleger in wichtigen Fragen der Kapitalanlage und Altersvorsorge weiterhin zu unterstützen.

Einige Institute gehen mittlerweile von starren Zeiten einer Erreichbarkeit ab. Aber auch mit verlängerten, beziehungsweise flexibleren Öffnungszeiten oder einer telefonischen Hotline können sie die Schließung von Filialen oder Geschäftsstellen in ländlichen Regionen nicht kompensieren. Unsere Verbandsmitglieder bringen nun aber schon seit über 40 Jahren genau diese Beratungsleistungen, gerade in ländlichen Regionen. Sie bieten den Kunden Beratung zum Vermögensaufbau und zur Altersvorsorge am Abend und Wochenende an, entweder beim Kunden selbst oder in der Geschäftsstelle des Beraters, gerade so, wie es der Kunde wünscht.

Das Wort Filialnetzwerk alleine könnte zu Unsicherheiten bei der Auslegung führen, gerade deswegen schlagen wir den Begriff „Filial-Beraternetzwerk“ vor.

Zum einen sollten Einrichtungen wie Geschäftsstellen, Büros- oder Filialen hier gleichberechtigt nebeneinander stehen. Zum anderen muss – dem Sinn und Zweck der Norm entsprechend – auch ein mobiler Beratungsservice beim Kunden generell anerkannt werden. Es wäre auch rechtlich kein Grund ersichtlich, warum eine Beratung nur innerhalb einer festen Filiale oder eines festen Büros als qualitätsverbessernde Maßnahme anerkannt werden sollte, während einem mobilen Beratungsservice direkt beim Kunden diese Anerkennung verwehrt bleiben sollte.

Daher empfehlen wir dringend, das Wort „Filialnetzwerk“ durch die Worte „Filial-Beraternetzwerk“ im § 6 Abs.2d) WpDVerVO zu ersetzen.

Sollte hierzu eine Regelung in die Finanzanlagenvermittlervverordnung aufgenommen werden, so bitten wir, hier eine entsprechende Klarstellung vorzunehmen.

3. Telefonaufzeichnung

Nach dem neuzufassenden § 83 Abs.3 WpHG sollen Telefongespräche und elektronische Kommunikation aufgezeichnet werden. Mit Sorge sehen wir, dass der Regierungsentwurf hinsichtlich der Verpflichtung zur Aufzeichnung von Telefongesprächen über die europäische Vorgabe hinausgeht. In dem neuen § 83 Abs.3 WpHG wird vorgeschlagen, dass neben den Telefonaten zum Eigenhandel alle Telefongespräche zu Dienstleistungen, die sich auf die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen beziehen, aufzuzeichnen sind. Gemäß § 83 Abs.3 Satz 2 soll die Aufzeichnung auch zu denjenigen Teilen des Telefongesprächs erfolgen, in denen die Risiken, die Ertragschancen oder die Ausgestaltung von Finanzinstrumenten oder Finanzdienstleistungen erörtert würden.

Der vorgelegte Gesetzesentwurf geht insoweit über die Intention der MiFID II hinaus.

a) Nach Art. 16 Abs.7 MiFID II sollen Aufzeichnungen zu Telefongesprächen gefertigt werden und zwar zu denjenigen Telefonaten mit 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.

Die Bezugnahme ist sprachlich eindeutig auf die Wertpapierdienstleistungen laut Anhang I Abschnitt A Ziff. (1) bis (3) der MiFID II bezogen und betrifft die Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen sowie den Eigenhandel. Auf die in Anhang I Abschnitt A Ziff. (5) genannte Anlageberatung wird gerade nicht Bezug genommen. Die Anlageberatung ist in Art. 16 Abs.7 MiFID II nicht erwähnt.

Daran ändert auch die Ausführung unter Art. 16 Abs. 7 Unterabs. 2 MiFID II nichts. Nach dieser Passage sollen auch die Telefongespräche aufgenommen werden, mit denen die oben genannten Geschäfte veranlasst werden sollen. Auch in dieser Textpassage ist aber ausdrücklich nicht auf die Anlageberatung Bezug genommen.

b) Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus den einleitenden Bemerkungen zu MiFID II: Denn in der Erwägung 57 zu der Richtlinie 2014/65/EU (MiFID II) wird im letzten Satz klargestellt, zu welchem Zwecke die Telefonaufzeichnung stattfinden soll. Die Aufzeichnungen sollen danach gewährleisten, 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 könnten und zwar auch dann, wenn Firmen für eigene Rechnung Handel treiben.

Die Aufzeichnungspflicht für Telefongespräche soll daher sicherstellen, dass Kommunikationsfehler bei der Ordererteilung aufgedeckt werden können und eine Aufzeichnung existiert, die sogenannte Fehlorders (Fehlbezeichnungen, Zahlendreher, Tippfehler) korrigieren lassen kann. Daneben sollen Verhaltensweisen aufgedeckt werden, die im Hinblick auf Marktmissbrauch relevant sein können. Dabei handelt es sich um Fälle von Insiderverstößen oder Kursmanipulationen.

Der vorliegende Regierungsentwurf geht weit über diesen Rahmen hinaus. Er erfasst mehr oder weniger die gesamte Kundenkommunikation und den gesamten Bereich der Anlageberatung. Vor allem der vorgeschlagene § 83 Abs.3 Satz 2 WpHG verpflichtet zur Aufzeichnung aller Telefonate mit Erläuterungen an den Kunden sowie der gesamten telefonischen Anlageberatung. Die Pflicht würde dann bereits schon vor der Anlageberatung bei Aufklärungsgesprächen mit den Kunden ansetzen.

c) Auch in der Begründung des Entwurfes findet sich auf den Seiten 245/246 eine weit über die europäische Vorgabe hinausgehende Erweiterung der Verpflichtung zur Telefonaufzeichnung. Dort ist die Rede davon, das Gespräch müsse zur Beweissicherung bei der Beratung über Wertpapierdienstleistungen aufgezeichnet werden. Die europäische Vorgabe der MiFID II geht nicht soweit. Das in der Begründung zu dem Referentenentwurf enthaltene Petitum, für die Beweissicherung im Hinblick auf die Beratung über eine Wertpapierdienstleistung zugunsten des Kunden frühzeitig (also auch vorgelagerte Kommunikation vor der Anlageberatung) mit der Aufzeichnung zu beginnen, wird durch die MiFID II weder adressiert noch intendiert.

Ausreichend wäre daher eine Verpflichtung zur Aufzeichnung des Teils der Telefonate, die eine Order des Kunden zum Kauf bestimmter Wertpapiere beinhalten. Damit wäre den Anforderungen aus Art. 16 Abs. 7 Unterabs. 3 und 8 MiFID II ausreichend Genüge getan. Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen sind Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Wertpapierabwicklung. Nur diese Ordererteilungen müssen aufgrund der Vorgabe aus MiFID II aufgezeichnet werden.

d) Zusätzlich kollidiert der vorliegende Gesetzentwurf mit den Vorgaben der neuen Datenschutzgrundverordnung (EU-DSGVO). Nach Artikel 5 Abs.1 lit c) EU-DSGVO gilt das Prinzip der Datenminimierung: „Personenbezogene Daten müssen dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein ("Datenminimierung")“.

Im Rahmen der nationalstaatlichen Umsetzung heißt es zum Beispiel im § 65 des Referentenentwurfs vom 23.11.2016, dass „Datenschutzgrundsätze wie etwa Datensparsamkeit wirksam umzusetzen und die notwendigen Garantien in die Verarbeitung aufzunehmen (sein), um den gesetzlichen Anforderungen zu genügen und die Rechte der betroffenen Personen zu schützen“. Dies geht im Übrigen auch jetzt schon aus dem § 3a BDSG hervor.

Durch die in dem Gesetzentwurf zum 2. FiMaNoG enthaltene, sehr weite Aufzeichnungspflicht und die nicht klare Abgrenzung im Text des Gesetzes und auch der Begründung besteht das Risiko einer Strafbarkeit nach § 201 StGB. Nach dieser Vorschrift ist nämlich eine strafrechtliche Sanktionierung denkbar, sofern „unbefugt“ ein nicht öffentlich gesprochenes Wort auf einem Tonträger aufgenommen wird.

Wir empfehlen daher, die Verpflichtung zur Telefonaufzeichnung auf das durch die MiFID II vorgegebene Mindestmaß zu reduzieren und auf die ausdrücklich in Art. 16 Abs.7 MiFID II in Bezug genommenen Tatbestände aus dem Anhang I Abschnitt A Ziff. (1) bis (3) der MiFID II zu beschränken. Dies sind die Vermittlungsgeschäfte und der Eigenhandel.

e) Unter Berücksichtigung der Intention aus MiFID II sollte sogar die Aufzeichnungspflicht für den deutschen Tatbestand der Anlagevermittlung entfallen. Der Tatbestand der Anlagevermittlung umfasst lediglich die Botentätigkeit zur Weiterreichung einer Order vom Anleger an die Depotbank oder die Produktgeber. In diesen Fällen ist eine bereits von dem Kunden formulierte Order vorhanden und dokumentiert. Deswegen kann es durch Fehler des Anlagevermittlers nicht mehr zu einer Kommunikationsstörung kommen, weil bereits der Kunde selbst die Order formuliert und ausreichend bestimmt hat.

Die Ausnahmevorschrift des § 2 Abs.6 Nr. 8 KWG für den Vertrieb von Fonds ist durch das sogenannte „Reparaturgesetz“ eingeschränkt worden. Hiernach ist den Finanzanlagenvermittlern nur eine Anlagevermittlung, nicht aber eine Abschlussvermittlung gestattet. Sie dürfen daher nur eine Erklärung des Kunden zum Kauf eines Fonds (lediglich) als Bote transportieren, aber nicht mit eigener Rechtsmacht eine Erklärung des Kunden als Order zum Kauf oder Verkauf eines Wertpapiers generieren.

Dies bedeutet, dass im Rahmen des Vermittlungsprozesses von Finanzanlagenvermittlern bereits immer eine bestehende Kundenorder existiert, die von den Finanzanlagenvermittlern an die Produktgeber transportiert wird. Es ist daher stets eine Dokumentation in schriftlicher oder elektronischer Form vorhanden.

Das typische Beispiel bei allen Finanzanlagenvermittlern unseres Verbandes ist das gemeinsame Ausfüllen (von Vermittler und Kunde) eines Zeichnungsscheins eines Kunden zum Kauf eines Investmentfonds, der in schriftlicher Form von dem Finanzanlagenvermittler an den

Produktgeber weitergegeben wird. Da aber die Kundenorder bereits in schriftlicher Form besteht, ist eine erneute Telefonaufzeichnung gar nicht notwendig. Eine ausreichende Dokumentation der Kundenorder existiert bereits.

Mit Blick auf die Zielsetzung von MiFID II für eine Telefonaufzeichnung (s.o. lit b)) ist für Finanzanlagenvermittler daher zusammenfassend festzuhalten:

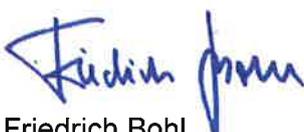
- Da der Finanzanlagenvermittler keine eigene Erklärung im Wege der Abschlussvermittlung für den Kunden abgeben darf, kann es auch nicht zu einer fehlerhaften eigenen Order des Finanzanlagenvermittlers kommen, die nicht der eigentlichen Kundenorder entspricht.
- Auch der zweite Zweck der Telefonaufzeichnung, nämlich die Möglichkeit des Nachweises im Hinblick auf Marktmissbrauch, ist für Finanzanlagenvermittler nicht einschlägig. Denn der Transport oder die Weiterreichung einer von dem Anleger bereits erteilten Order vermag keine Insiderverstöße oder Kursmanipulationen zu begründen. Der Tatbestand des Insiderhandels oder der Kursmanipulationen mag durch die Order des Kunden verursacht werden, liegt aber dann in der Order selbst. Diese ist aber im Fall der Anlagevermittlung bereits dokumentiert und wird von dem Wertpapierdienstleister lediglich weitergereicht. Da aber bereits eine dokumentierte Order vorliegt, geht eine Pflicht zur Telefonaufzeichnung für die bereits dokumentierte Order ins Leere und wird nicht zur Aufdeckung von Insiderverstößen oder Marktmanipulationen beitragen können.

Die Vorgaben für die Telefonaufzeichnung sind daher nicht auf die Finanzanlagenvermittler in der Finanzanlagenvermittlerverordnung zu übertragen.

IV.

Wir würden uns freuen, wenn unsere Anmerkungen und Kommentare im weiteren Beratungsverfahren des Finanzausschusses ihren Niederschlag finden würden und stehen für weitere Rückfragen und Diskussionen zu diesem Themenbereich auch künftig jederzeit gerne zur Verfügung.

Bundesverband Deutscher
Vermögensberater e.V.



Friedrich Bohl
Vorsitzender
Bundesminister a. D.



Lutz Heer
Geschäftsführer



Ernst-Markus Wirth
Justitiar