

# FinVermV in der Warteschleife – Was von der finalen Fassung zu erwarten ist

Interview mit Dr. Martin Andreas Duncker, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht, Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater

Die Verabschiedung der FinVermV befindet sich weiter in der Warteschleife. Rechtsanwalt Dr. Martin Duncker erklärt im Interview die zu erwartenden Neuregelungen der Verordnung und schätzt die Lage für Finanzanlagenvermittler mit Blick auf den von der Koalition geplanten Aufsichtswechsel hin zur BaFin ein.

## **Der Zeitplan für das Inkrafttreten der Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV) verzögert sich weiter. Woran liegt das eigentlich?**

Schon die vorherige Bundesregierung ist mit der MiFID-II-Umsetzung spät durchgestartet. Es wäre besser gewesen, die Neuregelung für den freien Vertrieb gleich im Zuge des Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes mit aufs Gleis zu setzen. Ein weiterer Grund für die Verzögerung scheint mir der Farbwechsel in entscheidenden Ministerien nach der zeitraubenden Regierungsbildung zu sein: Das zuvor

„Hat man die Regelungen gefunden, passen sie häufig vom Wortlaut und Inhalt her nicht, weil sie auf ‚große‘ WpHG-Institute zugeschnitten sind. Freie Vermittler sind aber häufig in kleinen Einheiten oder im Ein-Mann-Betrieb tätig.“

schwarz geführte Finanzministerium wurde rot, das zuvor rote Wirtschaftsministerium wurde schwarz. Letzteres kann die Neufassung der Verordnung nicht im Alleingang erlassen. Der Verordnungstext braucht vor dem Gang durch den Bundesrat noch das Placet von Finanzministerium und Justizministerium. So hat es der Gesetzgeber in die Ermächtigungsgrundlage, den § 34g der Gewerbeordnung, geschrieben. An dieser Ermächtigungsgrundlage hat der Gesetzgeber übrigens noch bis Oktober 2018 herumgefeilt. Auch das hat nicht zur Beschleunigung beigetragen.

## **Nun hat die Bundesregierung kürzlich mitgeteilt, dass die Verordnung erst im ersten Halbjahr 2019 im Bundesrat beschlossen werden soll. Zudem würde gegenwärtig die Erforderlichkeit von Übergangsfristen für die Neuregelungen der FinVermV geprüft. Sind das gute Nachrichten?**

Ja, das sind gute Nachrichten. Der aktuelle Entwurf ist eine Zumutung. Er zwingt jeden Leser durch viele und umfangreiche Verweise dazu, sich die geltenden Regelungen aus der Verordnung, einer EU-Delegierten-Verordnung, dem Wertpapierhandelsgesetz und dem Kapitalanlagegesetzbuch zusammenzusuchen. Hat man die Regelungen gefunden, passen sie häufig vom Wortlaut und Inhalt her nicht, weil sie auf „große“ WpHG-reglementierte Institute zugeschnitten sind. Freie Vermittler sind aber häufig in kleinen Einheiten oder im Ein-Mann-Betrieb tätig. Teilweise widersprechen sich die

Regelungen auch inhaltlich, etwa beim Fristbeginn der Aufzeichnungspflicht. Es ist extrem wichtig, dass hier vor Inkrafttreten nachgebessert wird. Vermittler, Kunden, Aufsicht – alle brauchen Regeln, die klar, verständlich und verlässlich sind. Das gebietet schon das rechtsstaatliche Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.

## **Eine der umstrittensten Neuerungen der Verordnung wird nach aktuellem Stand die Aufzeichnungspflicht von Telefonaten sein. Wie sollten sich Vermittler darauf einstellen? Was müssen sie aufzeichnen und was nicht?**

Die neue Aufzeichnungspflicht wird nach dem aktuellen Entwurf für alle Vermittler relevant, die ihr Vermittlungsgeschäft auch per Telefon, E-Mail oder auf anderen elektronischen Kanälen betreiben. Sie müssen prüfen, ob die eigene Hardware eine Aufzeichnung und Archivierung leisten kann, und sich sonst an einen Dienstleister wenden. Es sind diejenigen Gesprächsinhalte aufzuzeichnen, die die Vermittlung von oder die Beratung zu Finanzanlagen betreffen. Die Aufzeichnung muss explizit die Gesprächsteile umfassen, in denen die Risiken, die Ertragschancen oder die Ausgestaltung von bestimmten Finanzanlagen dargestellt werden. Es ist übrigens auch dann aufzuzeichnen, wenn das Gespräch nicht zum Abschluss führt. Der Vermittler muss vorab darüber informieren, dass das Gespräch aufgezeichnet wird.

Auf viele praktische Fragen zur Aufzeichnung fehlen aber noch die Antworten: Was ist, wenn am Anfang des Gesprächs noch gar nicht klar ist, ob

es in Richtung Finanzanlagen läuft? Viele Vermittler sind zugleich auch als Versicherungs- oder Darlehensvermittler tätig. Diese Dienstleistungen, auch die Vermittlung von Versicherungsanlageprodukten, sind weiterhin nicht aufzuzeichnen. Das Wirtschaftsministerium hat dieses Problem gesehen, aber keine Lösung angeboten. Unklar ist auch, warum die Aufzeichnungen nach fünf, spätestens nach sieben Jahren zwingend zu löschen sind, der Kunde aber bis zu zehn Jahre nach der Vermittlung noch gerichtlich überprüfen lassen kann, ob die Vermittlung in Ordnung war.

**Auch die Regeln zu Interessenkonflikten sollen durch die neue FinVermV strenger werden. Was müssen Vermittler hier in der Praxis beachten?**

Die Überschrift lautet weiterhin, dass der Vermittler mögliche Interessenkonflikte zwischen sich und dem Kunden erkennen und vermeiden soll. Ein möglicher Interessenkonflikt ist allerdings nach der Denkart des Gesetzgebers schon immer dadurch angelegt, dass der Vermittler für seine Leistung eine Vergütung erhält. Daher lautet die Anweisung: maximale Transparenz gegenüber dem Kunden. Das gilt für sämtliche Vergütungsbestandteile, aber auch mögliche andere Interessenkonflikte, zum Beispiel wenn der Vermittler an dem Konzept der Anlage mitgewirkt hat.

**Welche Vorgaben zu Vergütungen wird die neue FinVermV voraussichtlich noch enthalten?**

Es werden auch detaillierte Vorgaben zur Mitarbeitervergütung kommen. „Rennlisten“ oder hauptsächlich umsatzbasierte Vergütungsmodelle sind dann ausdrücklich passé. Die gute Nachricht ist aber: Der Finanzanlagenvermittler wird auch weiter Zuwendungen annehmen dürfen, ohne den Nachweis führen zu müssen, dass diese der Qualitätsverbesserung dienen.

**Welche statusbezogenen Informationspflichten treffen Vermittler?**

Zur Erstinformation wird der Entwurf wohl nichts Neues bringen. Der Vermittler muss dem Kunden weiterhin vor

der ersten Vermittlung unter anderem seinen Namen und Vornamen, Firma und Kontaktdaten, Erlaubnisumfang und Registernummer mitteilen. Das muss in Textform erfolgen. Die Vermittler sollten überlegen, hier den Hinweis auf die Aufzeichnungspflicht mit aufzunehmen, wenn sie auch telefonisch oder über elektronische Kommunikationswege vermitteln. Und der Vermittler sollte sich quittieren lassen, dass der Kunde diese Info erhalten hat.

**Im Hinblick auf Zielmärkte wurde die Verordnung zuletzt entschärft. Vermittler müssen keine eigenen Zielmärkte definieren. Was empfehlen Sie dennoch im Hinblick auf Zielmarktdefinitionen der Anbieter und gegenüber den Kunden zu beachten?**

Der neue Verordnungstext sieht vor, dass der Vermittler eine Finanzanlage nur an die Zielgruppe von Endkunden vertreiben darf, für die die Finanzanlage bestimmt ist. Das Gesprächsprotokoll sollte also zukünftig Angaben dazu enthalten, dass der Zielmarktgleich mit positivem Ergebnis durchgeführt wurde. Die Frage, ob Kunde und Zielmarkt zueinander passen, muss der Vermittler beantworten, nicht der Kunde. Passen sie nicht zusammen, darf der Vermittler die Anlage nicht an den Kunden vermitteln.

Die Banken hingegen dürfen ausnahmsweise auch außerhalb des Zielmarkts vertreiben, wenn der Kunde dies wünscht. Diese Ungleichbehandlung unterschiedlicher Vertriebswege ist nicht gerechtfertigt. Auch der Bundesgesetzgeber hatte nur vorgegeben, dass die Vermittler den Zielmarkt „berücksichtigen“ müssen. Von einer sklavischen Bindung ist dort aber keine Rede. Hier sollte ein Gleichlauf zwischen WpHG und FinVermV geschaffen werden.

**Was wird es im Hinblick auf Geeignetheitserklärung und Beratungsprotokoll Neues zu beachten geben?**

Hinsichtlich der Geeignetheitserklärung wird sich für die Vermittler inhaltlich wenig ändern. Schon jetzt darf der Vermittler nur Anlagen empfehlen, die er für den Anleger für geeignet hält. Eine Erklärung der Geeignetheit ist schon jetzt Teil des Protokolls.

Die neue FinVermV wird aber den Pflichtinhalt der Geeignetheitserklärung konkretisieren. Zu dokumentieren ist dann auch die erfolgte Abstimmung hinsichtlich Anlagedauer, Kenntnissen und Erfahrung, Risikobereitschaft und Verlusttragfähigkeit. Die Vermittler sollten prüfen, ob ihre bisherigen Protokolle dies hergeben und entsprechend nachjustieren. ▶

„Die neue FinVermV wird den Pflichtinhalt der Geeignetheitserklärung zwar konkretisieren. Der Grundsatz, dass die Empfehlung und die Gründe dafür zu dokumentieren sind, gilt aber auch heute schon.“



Dr. Martin Andreas Duncker

## Gelten die Regelungen zur Geeignetheitserklärung auch für telefonische Vermittlungsgespräche?

Ja. Die Aufzeichnung ersetzt nicht die Notwendigkeit der Geeignetheitserklärung. In den Fällen reicht es unter bestimmten Umständen aus, wenn der Kunde die Erklärung erst nach Geschäftsabschluss erhält. Angesichts der bislang nicht durchdachten Regelungen zum Taping empfehle ich, auch telefonische Vermittlungsgespräche weiterhin wie bisher zu protokollieren und vom Kunden quittieren

„Ich kenne keine wissenschaftlichen, statistischen oder juristischen Erkenntnisse, die für die Aufsichtsänderung sprechen. Es gibt hierzu bislang – das hat die Bundesregierung selbst eingeräumt – keine validen Daten.“

zu lassen. Die Vermittler schlagen damit drei Fliegen mit einer Klappe: Sie übergeben die Geeignetheitserklärung, sie führen dem Kunden noch einmal den Gesprächsinhalt vor Augen und schaffen einen Nachweis, den sie nicht – wie die Tonaufzeichnung – nach fünf Jahren vernichten müssen.

## Die Bundesregierung hegt den Plan, Finanzanlagenvermittler unter die Aufsicht des BaFin zu stellen. Was würde das für die Betroffenen bedeuten? Und wird hier über den Kopf derjenigen hinweg entschieden, die es betrifft?

Die Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagenvermittler an die BaFin würde für die Gewerbetreibenden eine Zersplitterung der Aufsicht bedeuten. Rund 80% der gut 37.000 Finanzanlagenvermittler sind gleichzeitig als Versicherungsmakler oder Versicherungsvermittler registriert. Diese hätten dann zwei Ansprechpartner: Die Gewerbeaufsicht vor Ort, oft wahrgenommen durch die IHks, und die BaFin in Bonn oder Frankfurt. Dadurch werden der Aufwand und die laufenden Kosten für die Vermittler steigen. Man kann ja gerne diskutieren, wie man Aufsicht verbessern und vereinheitlichen kann. Es gibt zum Beispiel zum Thema Datenschutz nationale Koordinierungsstellen und Arbeitskreise, auch für den Bankensektor, die dafür sorgen, dass bundeseinheitliche Regelungen durch die regionalen Behörden einheitlich ausgelegt werden. Das wäre ein interessanter Ansatz. Vorher

müssen aber die Fakten auf den Tisch. Ich kenne keine wissenschaftlichen, statistischen oder juristischen Erkenntnisse, die für die geplante Aufsichtsänderung sprechen. Es gibt hierzu bislang – das hat die Bundesregierung mittlerweile selbst eingeräumt – keine validen Daten.

## Wie begründet die Regierung den Aufsichtswechsel dann?

Die Bundesregierung begründet den geplanten Wechsel damit, dass eine Aufsicht der BaFin angeblich zur „Herstellung einer einheitlichen und qualitativ hochwertigen Aufsicht“ erforderlich sei. Eine Zersplitterung der Überwachung solle vermieden, Synergieeffekte durch die Erfahrung der BaFin mit WpHG-Instituten genutzt werden.

Diese Aussage ist in zweierlei Hinsicht falsch: Sie erweckt zum einen den unzutreffenden Anschein, regionale Behörden und Körperschaften wie die Industrie- und Handelskammern könnten dies nicht sicherstellen. Zum anderen steht der Ruf nach einer stärker zentralisierten Aufsicht im Widerspruch zu unserem föderalen Staatsaufbau. Dieser geht im Grundsatz davon aus, dass auch bundeseinheitliche Rechtsmaterie in der Regel von Landesbehörden durchgeführt und beaufsichtigt wird. Welche guten übergeordneten Gründe gibt es, bei Anlagevermittlern davon abzuweichen? Finanzanlagenvermittler sind keine Bank. Sie sind kein Wertpapierdienstleister und kein Finanzdienstleistungsinstitut. Sie sind Gewerbetreibende, unterstehen der Gewerbeaufsicht und sind im Rahmen eines gesetzlich ohnehin stark eingeschränkten Erlaubnisumfangs tätig. Wenn die Regierung neben der vermeintlichen Zersplitterung, der Sachkenntnis der BaFin und erhofften Synergieeffekten keine besseren Argumente im Köcher hat, sollte sie die Kirche im Dorf lassen – und die Aufsicht über Gewerbetreibende dort, wo sie hingehört. ■



Die FinVermV soll jetzt im ersten Halbjahr 2019 vom Bundesrat verabschiedet werden.

