

Finale FinVermV: Verordnung und Zeitplan stehen

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

SCHLATTER Informationen für Finanzdienstleister und Versicherungsvermittler vom 26.07.2019

Lange hat sie auf sich warten lassen, die überarbeitete Fassung der „FinVermV-neu“. Nun hat das Bundeswirtschaftsministerium mitten in der Sommerpause geliefert. Seit dem 22.07.2019 ist der überarbeitete Entwurf auf der [Website](#) des Bundeswirtschaftsministeriums abrufbar. In der ersten Sitzung nach der Sommerpause am 30.09.2019 soll die Verordnung den Bundesrat passieren. Das BMWi hat sich durchaus mit den zahlreichen kritischen Stellungnahmen zum ersten Referenten-Entwurf auseinandergesetzt. Neben Fehlerkorrekturen und redaktionellen Änderungen wurde an mehreren Stellen auch inhaltlich nachgebessert. Der größte Wunsch aber, dass die FinVermV ein aus sich heraus verständliches Regelwerk bleibt, bleibt unerfüllt.

Verbesserungen, keine Verschärfungen

Die Vermutung zum bisherigen Referenten-Entwurf, dass es nun eigentlich nur noch besser werden könne, hat sich bestätigt: Verschärfungen bringt die überarbeitete Fassung nicht. Struktur und Regelungen aus dem bisherigen Entwurf sind weitgehend erhalten geblieben, teilweise wurden Regelungen zugunsten der Vermittler entschärft.

Die FinVermV-neu ist nun bald beschlossene Sache. Aber ihre Regelungen werden nach den kürzlich veröffentlichten Vorstellungen des [BMF](#) schon zum 01.01.2021 einen neuen Standort erhalten. Sie sollen dann in das Wertpapierhandelsgesetz bzw. eine dort anzugliedernde Verordnung übernommen werden. Zeitgleich soll die Zuständigkeit für Erlaubniserteilung und Aufsicht über 34f- und 34h-Dienstleister auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) übertragen werden. Bei diesem Schritt sollen aber keine „über die FinVermV hinausgehenden Verhaltens- und Organisationspflichten eingeführt werden“.

MiFID II lässt wenig Spielraum

Die bevorstehenden Änderungen werden die Arbeitsprozesse der 34f- und 34h-Vermittler deutlich beeinflussen. Dies erkennt das BMWi nun auch ausdrücklich an, indem es ausführt, dass es sich „bei den betroffenen Gewerbetreibenden [...] überwiegend um kleine und mittelständische Unternehmen sowie Einzelgewerbetreibende [handelt], so dass deren Belange durch die Regelungen insgesamt erheblich berührt sind.“ Kleine und mittlere Unternehmen weniger stark zu belasten,

sei jedoch – so das BMWi – nicht möglich, da es sich „um eine 1:1-Umsetzung von EU-Recht“ handle.

Die Aufzeichnungspflicht kommt

Die Pflicht zur Aufzeichnung telefonischer Vermittlungs- und Beratungsgespräche und sonstiger elektronischer Kommunikation wird kommen. Ausnahmen gibt es nicht. Die Regelungen unter § 18a FinVermV-neu sind in diesem Revisionslauf im Wesentlichen gleich geblieben. Klargestellt wurde unter anderem, dass sich die Aufzeichnungspflicht auch auf geschäftliche Geräte von Beschäftigten der Gewerbetreibenden erstreckt und dass eine *einmalige* Information über die Aufzeichnung vor der erstmaligen Durchführung von Telefongesprächen ausreicht. Das BMWi schätzt, dass die Kunden in 10 % der Fälle die Herausgabe der Aufzeichnungen anfordern werden. Der Kostenaufwand für Vermittler durch Einführung der Aufzeichnungspflicht wird auf initial 53,8 Millionen Euro und in Summe ca. 60 Millionen Euro jährlich taxiert.

Großzügige Übergangsfrist

Der nachgebesserte Entwurf sieht eine großzügige Übergangsfrist von neun Monaten bis zum Inkrafttreten vor. Die betroffenen Gewerbetreibenden haben so ausreichend Zeit, sich auf die neuen Regelungen einzustellen und die entsprechenden technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen. Da der Bundesrat der Verordnung vermutlich am 30.09.2019 zustimmen wird, wird die FinVermV-neu jedenfalls nicht vor dem 01.07.2020 in Kraft treten.

Aufbewahrungsfrist verdoppelt

Der bisherige Entwurf sah den Vorgaben von MiFID II folgend vor, dass nach § 18a FinVermV erstellte Gesprächsaufzeichnungen grundsätzlich nach 5 Jahren zu löschen waren. Nach dem nachgebesserten Entwurf sind die Aufzeichnungen nach § 18a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 sowie die in § 22 genannten Unterlagen nun **10 Jahre** lang aufzubewahren. Diese Änderung ist richtig und notwendig. Diese kurze 5-Jahres-Frist hätte dazu geführt, dass der Vermittler auf die kostspielig hergestellten Aufzeichnungen nach 5 Jahren nicht mehr hätte zugreifen können, obwohl sein Kunde die Dienstleistung in der Regel 10 Jahre lang auf mögliche Fehler gerichtlich prüfen lassen kann.

Zur Begründung für die Fristverdoppelung heißt es in dem ([Entwurf](#), Seite 28) vergleichsweise knapp, dass „*Finanzanlagen oftmals eine längere Laufzeit als fünf Jahre*“ hätten. So könnten „*Anteile an geschlossenen Investmentfonds häufig in den ersten fünf bis zehn Jahren nicht veräußert werden.*“ Dass mit dieser Ausweitung zudem die vielfach angemahnte Harmonisierung mit zivilrechtlichen Verjährungsfristen erfolgt, findet zwar dort keine Erwähnung. Dass diese Überlegungen aber mitbestimmend waren, lässt sich unmittelbar zuvor getroffene Aussage ableiten, dass „*der Gewerbetreibende die von ihm angefertigten Aufzeichnungen im Schadenfall verwenden und auswerten und zum Beispiel an seine Berufshaftpflichtversicherung weiterleiten*“ darf.

Geeignetheitserklärung nur bei Privatkunden

Ebenfalls entschärft und an die Regelungen im WpHG (§ 64 Abs. 4) angepasst wurde die Pflicht, eine Geeignetheitserklärung anzufertigen und auszuhändigen. Während diese Pflicht im bisherigen Wortlaut noch *jedem Anleger* gegenüber gelten sollte, gilt diese zukünftig lediglich gegenüber Privatkunden.

Abweichungen vom Zielmarkt möglich

Eine weitere Verbesserung bietet der Entwurf zum Umgang mit dem Zielmarkt (§ 16 FinVermV-neu). Nach dem bisherigen Wortlaut hätten freie Vermittler zukünftig Produkte nur an Endkunden innerhalb des definierten Zielmarktes vermitteln dürfen. Diese ausnahmslose Bindung an den Zielmarkt war eine erhebliche Einschränkung gegenüber der Ermächtigungsgrundlage in § 34g GewO. Sie war auch enger als die entsprechende

Regelung für Wertpapierdienstleister (§§ 63 Abs. 5, 80 Abs. 9 WpHG). Einen sachlichen Grund für diese Ungleichbehandlung der unterschiedlichen Vertriebswegen (WpHG vs. FinVermV) gibt es nicht. Darauf haben im Konsultationsverfahren unter anderem der DIHK und das Hessische Finanzministerium hingewiesen. Auch dieser Änderungsbedarf wurde erkannt und umgesetzt. Das BMWi erkennt an, dass der Vertrieb einer Anlage außerhalb des Zielmarktes in begründeten Fällen unter dem Gesichtspunkt der Diversifizierung im bestmöglichen Interesse des Anlegers sein kann ([Entwurf](#), Seite 25 f.). Eine solche Abweichung ist freilich sorgfältig zu dokumentieren und mit entsprechenden Risikohinweisen zu flankieren.

Provisionen erlaubt

Für die Annahme von Provisionen befindet sich nun ebenfalls eine erfreuliche Klarstellung im Text: Die Annahme von Zuwendungen durch den Vermittler bleibt ausdrücklich zulässig (Begründung zu § 17, [Entwurf](#), Seite 25). Voraussetzung ist, dass (1) die Zuwendung der ordnungsgemäßen Vermittlung und Beratung im Kundeninteresse nicht entgegen steht, sich (2) nicht nachteilig auf die Qualität der erbrachten Finanzdienstleistung auswirkt und (3) nicht die Verpflichtung des Gewerbetreibenden beeinträchtigt, im bestmöglichen Interesse des Anlegers ehrlich, redlich und professionell zu handeln. Die deutlich engere Formulierung in § 70 WpHG, nach der bei WpDU jede Zuwendung auf Qualitätsverbesserung ausgelegt sein muss, wird weiterhin nicht für freie Vermittler gelten.

Erleichterung bei Kosteninformation

Für die Information des Anlegers über Risiken, Kosten und Nebenkosten (§ 13 FinVermV-neu) darf der Vermittler nach dem aktuellen Wortlaut nun ausdrücklich auf die Informationen zurückgreifen, die ihm das die Finanzanlage konzipierende WpDU, der Emittent oder die Depotbank zur Verfügung stellt. Soweit das WpDU, der Emittent oder die Depotbank dem Anleger diese Informationen bereits zur Verfügung stellt, gilt die Informationspflicht des Vermittlers damit als erfüllt. In diesen Fällen muss der Vermittler nur noch Informationen über die Kosten und Nebenkosten seiner eigenen Dienstleistung zur Verfügung stellen.

Erfrischend offen behandelt das BMWi die Fragen rund um die Pflicht zur ex-post-Kosteninformation im Fall einer laufenden Vertragsbeziehung (§ 13

Abs. 2 FinVermV). Es stellt nüchtern fest, dass „zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht klar [ist], wie die Pflicht zur ex-post-Kosteninformation technisch und organisatorisch umgesetzt werden soll. Die Depotbanken unterliegen [...] ihrerseits ebenfalls der Pflicht, dem Anleger mindestens einmal jährlich während der Laufzeit der Anlage ex-post-Informationen über alle Kosten und Nebenkosten zur Verfügung zu stellen.“ Inwieweit die Pflichten der Finanzanlagenvermittler und der Depotbanken zur ex-post-Information durch eine gemeinsame Information gegenüber dem Anleger erfüllt werden können, um Doppelinformationen zu vermeiden, sei – so das BMWi – derzeit noch nicht geklärt. Auch wenn die Klärung noch aussteht, hat das BMWi mit der Möglichkeit einer gemeinsamen Information von Vermittlern und Depotbanken auch hier einen sinnvollen Weg vorgezeichnet.

Ungenau, unverständlich, unüberschaubar

Ein zentraler Wunsch an die neue FinVermV bleibt jedoch unerfüllt: Der Wunsch nach einem aus sich heraus verständlichen Regelwerk. Auch der nachgebesserte Entwurf enthält eine Fülle von Verweisen auf Regelungen in anderen Gesetzen und die Delegierten-Verordnung. Das BMWi hat den Kreis der relevanten Dokumente sogar noch erweitert. So heißt es in der Begründung (Seite 26) zu § 13 FinVermV-neu nun explizit, von den Gewerbetreibenden seien zur Auslegung der Artikel 46, 47 Abs. 1, 48 und 50 bis 53 der Delegierten Verordnung auch „die jeweiligen Erwägungsgründe sowie die von der ESMA veröffentlichten Q&A (Fragen und Antworten) heranzuziehen.“ Schon für WpDu unter dem WpHG ist dieses Re-

gel-Patchwork eine Herausforderung, für freie Vermittler ist es eine Zumutung. Selbst Juristen werden in den nächsten Jahren trefflich darüber streiten, was sich etwa konkret dahinter verbirgt, wenn „hinsichtlich der Geeignetheit“ die auf Wertpapierdienstleister zugeschnittenen, umfangreichen Artikel 54 und 55 der Delegierten-Verordnung „entsprechend anzuwenden“ sind.

Die Verweisungstechnik kann zwar helfen, Regelwerke schlank und übersichtlich zu halten. Im Fall der FinVermV gefährden die Verweise Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Das Prinzip der Rechtssicherheit verlangt, dass der Normadressat den Inhalt der Norm versteht. Von der FinVermV sind überwiegend Einzelgewerbetreibende betroffen, die über keine eigene Rechtsabteilung und keinen Compliance-Beauftragten verfügen. Sie sind von der Unternehmensstruktur mit WpHG-Instituten nicht vergleichbar und haben nicht die Kapazitäten, sich selbst mit komplexen rechtlichen Vorschriften auseinanderzusetzen. Sie werden ohne externe Unterstützung durch Haftungsdächer, Verbände oder Rechtsberater kaum in der Lage sein, die an sich gerichteten Verhaltensappelle vollständig zu finden, zu verstehen und umzusetzen.

Das BMWi hat die Chance vertan, die FinVermV als „Regelwerk aus einem Guss“ zu erhalten. Das ist deshalb besonders schade, weil das Ministerium weiß, an wen es diese Verhaltensregeln richtet: an *überwiegend kleine und mittelständische Unternehmen sowie Einzelgewerbetreibende, deren Belange durch die Regelungen insgesamt erheblich berührt werden.*



Dr. Martin Andreas Duncker
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Zertifizierter Compliance-Officer (IHK & TÜV)

Schlatter

Rechtsanwälte Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Kurfürsten-Anlage 59
69115 Heidelberg
Telefon +49.6221.9812-60
Telefax +49.6221.9812-76
duncker@schlatter.law
www.schlatter.law



Kurzprofil: Das Kompetenz-Team Bank- und Kapitalmarktrechts von Schlatter betreut seit vielen Jahren Finanzdienstleister, Banken und Zahlungsinstitute, insbesondere bei Haftungsfragen (z.B. bei der Abwehr von Schadensersatzansprüchen wegen des Vorwurfs von Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen) oder in der rechtlichen Gestaltung.

Rechtlicher Hinweis: Mit diesen Ausführungen stellen wir Themen aus unserem Fachbereich im Überblick vor. Diese Ausführungen können die rechtliche Thematik zwangsläufig nicht umfassend darstellen. Diese Information stellt keine Rechtsberatung dar, begründet kein Mandatsverhältnis und kann eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Lediglich aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in dieser Information nur die männliche Form verwendet.