

## MiFID II – „Taping-Pflicht“ für Telefonberatung

Dr. Martin Andreas Duncker, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater, Heidelberg / Mannheim  
SCHLATTER Informationen für Finanzdienstleister vom 22.11.2017

Am 03.01.2018 tritt das MiFID II-Umsetzungsgesetz in Kraft. Das führt zu vielen Änderungen des WpHG und weiterer Gesetze im Bereich der Finanzmarktregulierung. Zu den Änderungen zählen unter anderem die Einführung einer Geeignetheitserklärung statt eines Beratungsprotokolls und Neuerungen beim Produktprüfungs- und Produktfreigabeverfahren für Konzepteure und Vertrieb. Zudem bringt es die viel diskutierte Taping-Pflicht bei Telefongesprächen. Die European Securities and Markets Authority (kurz: ESMA) hat Richtlinien und einen Frage-Antwort-Katalog zu einigen dieser Änderungen („Guidelines“, „Questions & Answers“) veröffentlicht. Dieser Newsletter beschäftigt sich mit der Frage der Aufzeichnungspflicht von telefonischen Beratungsgesprächen.

### *Aufzeichnungspflicht für WpHG-Institute*

Neben den verstärkten Anforderungen an einen Kostenausweis wurde kaum ein MiFID II-Aspekt in den letzten Wochen so heftig diskutiert wie die Aufzeichnungspflicht von telefonisch geführten Beratungs-/ Auftragsgesprächen.

Für WpHG-Institute scheint die Sache klar: der im Juni verabschiedete Entwurf sieht in § 83 Abs. 3 WpHG n.F. vor, dass ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Inhalte der Telefongespräche und der elektronischen Kommunikation hinsichtlich der beim Handel für eigene Rechnung getätigten Geschäfte und der Erbringung von Dienstleistungen, die sich auf die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen beziehen, aufzuzeichnen hat. Zur Umsetzung dieser Pflicht hat das WpHG-Institut „*alle angemessenen Maßnahmen*“ zu ergreifen“ (§ 83 Abs. 4 WpHG n.F.).

Die Aufzeichnung hat – so das WpHG n.F. weiter – insbesondere diejenigen Teile der Telefongespräche und der elektronischen Kommunikation zu beinhalten, in denen die Risiken, die Ertragschancen oder die Ausgestaltung von Finanzinstrumenten oder Wertpapierdienstleistungen erörtert werden.

Diese Aufzeichnung soll der Beweissicherung dienen.

### *Aufzeichnungspflicht nicht disponibel*

Der Kunde ist über diese Aufzeichnungspflicht zu informieren. Wird der Kunde nicht informiert oder widerspricht der Kunde der Aufzeichnung des Gespräches, so sieht das WpHG (entsprechend den europarechtlichen Vorgaben) zukünftig eine klare Rechtsfolge vor: Eine telefonisch veranlasste Wertpapierdienstleistung, die sich auf die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen bezieht, darf dann nicht durchgeführt werden. So darf z.B. die telefonisch hereingereichte Wertpapierorder nicht ausgeführt werden, wenn der Kunde mit dem Telefonmitschnitt nicht einverstanden ist. Dies wird einen Lernprozess bei einigen Kunden erfordern, die es zwar mittlerweile gewohnt sind, dass sie um eine Einwilligung zum Telefonmitschnitt z.B. „zur Qualitätssicherung“ gebeten werden, die aber bislang den Zweck ihres Anrufes auch ohne Aufzeichnung erreichen konnten. Anders im WpHG n.F.: Ein Nein zur Aufzeichnung bedeutet zugleich ein Nein zur telefonisch erbetenen Wertpapierdienstleistung.

## *ESMA konkretisiert die „Taping“-Pflicht*

Von der „Taping“-Pflicht sind laut der Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) sämtliche elektronischen Kommunikationsmittel erfasst. Hierzu gehört nicht nur die Aufzeichnung von Telefongesprächen, sondern auch die Speicherung und Sicherung von Videokonferenzen, Fax, E-Mail, SMS, alle Arten von Instant Messaging und Nachrichten übermittelt über B2B-Kommunikationsmittel. Den Begriff der elektronischen Mittel versteht die ESMA weit. So werden in Zukunft auch neuartige Kommunikationsmittel von der Richtlinie erfasst.

Relevante Telefongespräche müssen nach den Vorgaben der ESMA von Beginn bis zum Schluss aufgenommen werden, d.h. die Aufnahme darf also nicht erst beginnen, wenn es zum konkreten Auftrag für einen Geschäftsabschluss geht. Von der Aufzeichnungspflicht erfasst werden laut ESMA nicht nur Gespräche mit den Kunden zur Auftragserteilung, sondern auch interne Gespräche zwischen Mitarbeitern der Verpflichteten, die sich auf die Ausführung des Auftrags beziehen.

Nach dem Willen der ESMA sollen also nicht allein die Gespräche aufgezeichnet werden, die den Auftrag zum Geschäftsabschluss beinhalten, sondern auch die gerade dazu führenden Gespräche. Sinn und Zweck der Aufzeichnung ist, dass Protokolle und Gesprächsaufzeichnungen als Nachweise zur Verfügung stehen, um die Nachverfolgung der Geschäftsbeziehung hinsichtlich der von den Kunden erteilten Aufträge und der von den Firmen abgeschlossenen Geschäfte zu ermöglichen. Nach den Ausführungen der ESMA sind die Aufzeichnungspflichten daher weit auszulegen.

## *Aufzeichnungspflicht auch für 34f-Vermittler*

Die Regelungen im neugefassten WpHG richten sich an Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Sie gelten daher nicht unmittelbar für Finanzanlagenvermittler nach § 34f GewO. Unter Berücksichtigung von Artikel 3 Abs. 2 und Artikel 16 Abs. 7 MiFID II sowie dem klaren Handlungsauftrag des nationalen Gesetz-

gebers an das BMWi als zuständigem Verordnungsgeber ist aber davon auszugehen, dass die Aufzeichnungspflicht auch für freie Finanzanlagenvermittler kommen wird. Der Gesetzgeber hat dem BMWi ausdrücklich in die to-do-Liste geschrieben, dass die FinVermV zukünftig *Vorschriften über die Pflicht des Gewerbetreibenden, telefonische Beratungsgespräche und die elektronische Kommunikation aufzuzeichnen und zu speichern, enthalten muss.* (34g Abs. 1, S.2 Nr. 3 GewO). Die Aufzeichnungspflicht gehört damit nicht zum Regelkanon, den der Gesetzgeber in dieser Ermächtigungsnorm in das Ermessen des Verordnungsgebers gestellt hat (§ 34g Abs. 2 GewO: „<sup>1</sup>Die Rechtsverordnung kann auch Vorschriften enthalten...“).

## *Neue FinVermV?*

Obwohl die Änderungen aus MiFID II zum 03.01.2018 in Kraft treten, hat das zuständige Bundeswirtschaftsministerium bis heute keinen Entwurf der überarbeiteten Finanzanlagenvermittlungsverordnung geliefert. Das BMWi hatte zunächst angekündigt, den Entwurf der neuen Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV) im September 2017 zu veröffentlichen. Der Entwurf liegt bis heute nicht vor. Neue Verlautbarungen des Bundeswirtschaftsministeriums, wann ein Entwurf zur Verfügung gestellt wird, gibt es bisher nicht. Da bei der Erstellung auch das Finanzministerium und das Justizministerium eingebunden sind, alle Ministerien bis zur Bildung einer neuen Bundesregierung nur kommissarisch geführt werden, dürfte die FinVermV möglicherweise nicht ganz oben auf der ministerialen Prioritätenliste stehen. Wie die MiFID II – Vorgaben für GewO-Vermittler umgesetzt werden, wird also im schlimmsten Fall erst weit im Jahr 2018 entschieden werden.

## *Trotz FAQ's – Fragen bleiben offen*

Trotz MiFID-II-Beweggründen, der WpHG-Neufassung, Auslegungshilfen und FAQ's der ESMA bleiben viele Fragen zur Aufzeichnungspflicht, insbesondere zur praktischen Umsetzung bislang unbeantwortet:

Wann kippt ein telefonisch geführtes Kunden- bzw. Informationsgespräch in ein aufnahmepflichtiges Gespräch? Wie wird die Aufzeichnung und Archivierung technisch revisionssicher umgesetzt – z.B. auch bei mit dem Handy geführten Gesprächen? Inwieweit können rechtssicher externe Dienstleister eingebunden werden und was ist dabei zu beachten (Stichwort: Auftragsdatenverarbeitung)? In welchem Verhältnis steht die Pflicht, die Aufzeichnungen nach spätestens 5 bzw. 7 Jahren zu löschen (§ 83 Abs. 8 WpHG-E) zur absoluten Verjährungsfrist von 10 Jahren? Droht ggf. eine Änderung der zivilrechtlichen Darlegungs- und Beweislast wegen angeblicher Aufklärungspflichtverletzungen zu Lasten der Finanzdienstleister, wenn ein aufsichtsrechtlich vorgeschriebener Gesprächsmitschnitt innerhalb der Aufbewahrungsfrist nicht (mehr) greifbar ist?

#### *Ausblick*

Die strikte Trennung zwischen Aufsichtsrecht und Zivilrecht hält der BGH weiterhin aus guten Gründen weitgehend aufrecht; die Entscheidung des 11. Senats vom 03.06.2014 (Az. XI ZR 147/12) zur Ausstrahlung des aufsichtsrechtlichen Transparenzgedankens bei

Zuwendungen auf die Pflichten im Beratungsvertrag bildet insoweit eine Ausnahme. Da die Aufzeichnungspflicht aber gerade auch der Beweissicherung dienen soll, könnte die Frage nach möglichen Wechselwirkungen zwischen Aufsichtsrecht und Haftungsrecht bald wieder auf der Tagesordnung stehen.

Bis zu einer Klärung durch entsprechende Konkretisierungen, Verwaltungspraxis oder Rechtsprechung wird noch Zeit vergehen. Die nach MiFID II Verpflichteten werden diese Fragen in der Zwischenzeit für sich beantworten und praktikable Lösungen entwickeln müssen. Sofern technisch für die Umsetzung der Aufzeichnungspflicht weder ein angeschlossenes Rechenzentrum noch eine leistungsfähige TK-Anlage zur Verfügung steht, sollte die Einbindung externer Dienstleister rechtzeitig geprüft werden.

Sowohl Wertpapierdienstleister als auch Finanzanlagenvermittler sind gut beraten, die weiteren Aktivitäten von Gesetz- und Verordnungsgeber und die aktuellen Diskussionen zu verfolgen. Möglicher Weise kommt der Entwurf der FinVermV doch noch schneller als gedacht.



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

#### **Schlatter**

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



**Kurzprofil:** Das Kompetenz-Team Bank- und Kapitalmarktrechts der Kanzlei Schlatter verfügt als Kanzlei in der Metropolregion Rhein-Neckar über ein Team von vier Anwälten im Bereich Bank- und Kapitalmarktrecht, davon drei Fachanwälte im Bank- und Kapitalmarktrecht. Das Kompetenz-Team 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 rechtlich interessante 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.