

Die neue FinVermV: Sind Sie vorbereitet?

Fakten & Fragen – Folge 1

Dr. Martin Andreas Duncker, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Denise Primus, Rechtsanwältin

Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater, Heidelberg

SCHLATTER Informationen für Finanzdienstleister und Versicherungsvermittler vom 14.11.2018

Die neue Versicherungsvermittlungsverordnung ist erst wenige Wochen veröffentlicht, jetzt folgt schon das nächste Highlight: Der Referentenentwurf der lange erwarteten Finanzanlagenvermittlungsverordnung. Eine MiFID-II-konforme Verordnung hätte nach dem Willen des EU-Verordnungsgebers schon ab dem 03.01.2018 in Kraft sein sollen. Das Ministerium ließ sich damit viel Zeit, drückt aber jetzt umso aufs Gaspedal: Letzten Mittwoch erst wurde der Referentenentwurf veröffentlicht, die Stellungnahmen der Verbände etc. sollen aber schon innerhalb von 14 Tagen bis zum 22.11.2018 abgegeben werden. Eine Übergangsvorschrift ist bislang nicht vorgesehen. Nach derzeitigem Stand treten alle Regelungen am Tag nach Verkündung in Kraft. Auf unseren gestrigen Hinweis an das BMWi wurde der Referentenentwurf FinVermV noch am gleichen Tag [online](#) gestellt.

Erhöhter Anpassungsbedarf

Der Referenten-Entwurf sieht eine Vielzahl von Änderungen und Ergänzungen vor, um die erforderliche MiFID-II-Konformität herzustellen. Die Finanzanlagenvermittler tun gut daran, sich rasch mit diesen Vorgaben vertraut zu machen. Denn die Änderungen der FinVermV betreffen – neben Neuregelungen zur Berufszulassung – insbesondere die tägliche Vermittlungsarbeit für den Kunden.

Die schlimmste Befürchtung der Branche, Provisionen dürften zukünftig nur bei nachgewiesener Qualitätsverbesserung vereinnahmt werden, ist nach dem Referentenentwurf zwar vom Tisch.

Dennoch sind die geplanten Änderungen und das nun eingeschlagene Tempo für viele Finanzanlagenvermittlerinnen und Finanzanlagenvermittler eine Herausforderung. Dies gilt für den Vermittlungs- und Dokumentationsprozess allgemein, aber auch für die Aufzeichnungspflichten von Telefonaten und E-Mail-Kommunikation, deren Einführung sich durch die Ermächtigungsgrundlage (§ 34g Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GewO) bereits abgezeichnet hatte (vgl. unser [Newsletter vom 22.11.2017](#); unser [Beitrag von Schlatter in kmi vom 15.12.2017, Beilage 50/17](#)).

Wir werden in einer Folge von Newslettern verschiedene Aspekte der „neuen FinVermV“ genauer beleuchten.

Leitsatz: Im „bestmöglichen“ Interesse

Mit der „FinVermV-neu“ wird das „bestmögliche“ Interesse in die „allgemeine Verhaltenspflicht“ in § 11 FinVermV-neu Einzug halten. Die Regelung lautete – wie ein Leitsatz – bislang: *„Der Gewerbetreibende ist verpflichtet, seine Tätigkeit mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse des Anlegers auszuüben.“* Nach dem Referentenentwurf wird vor dem Wort „Interesse“ zukünftig das Wörtchen „bestmöglichen“ stehen.

Diese Regelung ist entlehnt aus dem für Wertpapierdienstleistungsunternehmen geltenden Grundsatz *„ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse“* (§ 63 Abs. 1 WpHG). Ohnehin schimmert an vielen Stellen der „FinVermV-neu“ das WpHG durch, was aufgrund der MiFID-II-Vorgaben an Finanzdienstleister wenig überraschend ist. Zur Erläuterung hieß es in der Begründung zum § 34g GewO schlicht, die Aufnahme des *„bestmöglichen Interesses des Anlegers“* entspreche 1:1 den Vorgaben des Artikels 24 Abs. 1 der MiFID II (*„ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden“*).

Der Finanzanlagenvermittler ist damit verpflichtet, die Prinzipien des § 63 Abs. 1 WpHG/Art. 24 Abs. 1 MiFID II („know your customer“ – Loyalität – „Suitability“) einzuhalten. Die praktischen Auswirkungen davon? Diese dürften sich eher in Grenzen halten. Auch bisher war der Finanzanlagenvermittler dem Interesse des Anlegers verpflichtet, musste die konkreten individuellen Interessen des Anlegers berücksichtigen. Aus dieser „einfachen“ Interessenwahrungspflicht ergab sich

über § 16 FinVermV-aktuell bereits die Verpflichtung, den Anleger darauf aufmerksam zu machen, wenn der Anleger gegen seine Interessen handeln wollte, d.h. eine von ihm gewollte Investition seinen Erfahrungshorizont und/oder seine finanziellen Verhältnisse offensichtlich überstieg.

Ob der kleine Zusatz „bestmöglich“ eine wesentliche Änderung für den Finanzanlagenvermittler und seine Tätigkeit darstellen wird, ist zweifelhaft. Sicherstellen kann der Verordnungsgeber auf diese Weise jedoch eine Vereinheitlichung der Begriffe.

Aber: Keine „bestmögliche Ausführung von Kundenaufträgen“

Nicht zu verwechseln ist die Pflicht zu Ausübung der Tätigkeit im bestmöglichen Kundeninteresse mit der „bestmögliche Ausführung von Kundenaufträgen“. Dieser Zusatz hatte zwar noch den Weg in den Entwurf der Ermächtigungsgrundlage (§ 34g Absatz 2 GewO) gefunden (vgl. unser [Newsletter vom 21.08.2018](#)), wurde aber in letzter Sekunde im noch laufenden Gesetzgebungsverfahren abgeräumt (vgl. Beschlussfassung vom 11.10.2018, BT-Drs. 19/3373).

Verbunden wurde diese Streichung mit dem zutreffenden Hinweis, dass die Regelung aus Art. 27 MiFID II (dort heißt es: bei der Ausführung das „bestmögliche Ergebnis für ihre Kunden“ zu erzielen) nach Art. 3 Abs. 2 MiFID II nicht für Finanzanlagenvermittler umzusetzen sei. Und in der Tat: Der „best execution“-Grundsatz aus § 82 WpHG bzw. Art. 27 MiFID II für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, der z.B. bei der Ausführung von börsennotierten Wertpapierorders nicht wegzudenken ist, hätte bei für Finanzanlagenvermittler aufgrund der von diesen überhaupt vermittelbaren Finanzanlagen und der Art der Dienstleistung (Vermittlung, nicht: Ausführung) keinen Sinn ergeben.

Beratungsprotokoll wird zur Geeignetheitserklärung

Vorhersehbar waren auch Änderungen zum Beratungsprotokoll. So werden in § 18 FinVerm-neu, der bislang Form und Inhalt des Beratungsprotokolls beschrieben hat, zukünftig die Vorgaben aus MiFID II (dort Art. 25 Abs. 6) zur Geeignetheitserklärung umgesetzt. Damit wird § 18 FinVerm-neu an die Regelung in § 64 Abs. 4, 8, 9 WpHG angelehert.

Das Beratungsprotokoll wird begrifflich und inhaltlich nun auch in der FinVermV von der bereits aus dem WpHG bekannten Geeignetheitserklärung abgelöst. Die Formulierung in § 18 Abs. 1, 2 FinVermV-neu entspricht § 64 Absatz 4 des WpHG zur Geeignetheitserklärung:

*„Der Gewerbetreibende muss dem Anleger auf einem dauerhaften Datenträger vor Vertragsabschluss eine Erklärung über die Geeignetheit der im Rahmen der Anlageberatung gegebenen Empfehlung (**Geeignetheitserklärung**) zur Verfügung stellen. Die Geeignetheitserklärung muss die erbrachte Anlageberatung nennen und erläutern, wie sie auf Präferenzen, Anlageziele und die sonstigen Merkmale des Anlegers abgestimmt wurde. Artikel 54 Absatz 12 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission gilt entsprechend.“*

Der anschließende § 18 Absatz 2 FinVerm-neu enthält eine Sonderregelung zur Übergabe der Geeignetheitserklärung für den Fall, dass der Anleger für die Anlageberatung Fernkommunikationsmittel gewählt hat.

Ist gibt allerdings keinen Grund, bei dem „neuen“ Erfordernis einer Geeignetheitserklärung erschrocken vom Stühlchen zu fallen. Dass das empfohlene Produkt „geeignet“ sein muss, ist eine Binsenweisheit – längst verankert in § 16 Abs. 1, S. 2 FinVermV. Und dass „die im Verlauf des Beratungsgesprächs erteilten Empfehlungen und die für diese Empfehlungen genannten wesentlichen Gründe“, also eine *Erklärung zur Geeignetheit* schriftlich festzuhalten ist, steht ebenfalls schon längst in der aktuellen FinVermV (§ 18 Abs. 2 Nr. 6).

Neu ist jedoch: Auch in der FinVermV-neu wird auf die – u.a. schon aus dem WpHG bekannte – Verweistechnik zurückgegriffen: Es gilt nun auch für Finanzanlagenvermittler der Artikel 54 Absatz 12 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission unmittelbar. Die DeIVO konkretisiert damit die Anforderungen an die Geeignetheitserklärung der FinVermV-neu. Die Verweistechnik ist für den Verordnungsgeber charmant; für den Rechtsanwender fächert sich der Kanon der zu beachtenden Regelungen, die es schon jetzt zur Berufsausübung zu berücksichtigen gilt (z.B. GewO, KWG, KAGB, FinVermV, FinVermVwV), weiter auf.

Die Befürchtung, bestehende Beratungsprotokolle müssten nun vollständig umgeschrieben werden, ist jedoch unbegründet. Es empfiehlt sich, das vorhandene Protokoll mit den Anforderungen der FinVermV-neu abzugleichen und zu prüfen: Welche Kategorien sind neu und damit im Protokoll zu ergänzen? Sieht das Protokoll beispielsweise schon ein Feld zur Erfassung der „Verlusttragungsfähigkeit“ vor, die in § 16 Abs. 1 Nr. 3 FinVermV-neu beschrieben ist? Welche weiteren Felder sind aufgrund des Verweises in die Delegierten Verordnung sinnvoll oder sogar zwingend notwendig? Auf diese Weise lassen sich die neuen Anforderungen smart in den bestehenden Vermittlungsvorgang einfügen.

Regeln für das Dauerberatungsmandat

Neu aufgenommen in die FinVermV-neu werden Regelungen für die Begründung und Ausübung eines Dauerberatungsverhältnisses. Die Verpflichtung, dem Anleger regelmäßige Geeignetheitsberichte (vgl. § 64 Absatz 8 WpHG) zur Verfügung zu stellen, besteht dann, wenn der Vermittler dem Anleger eine regelmäßige Beurteilung der Geeignetheit der empfohlenen Finanzanlagen angeboten hat (§ 18 Abs. 3 FinVermV-neu):

„Sofern der Gewerbetreibende dem Anleger anbietet, dass er die Geeignetheit der empfohlenen Finanzanlagen regelmäßig beurteilt, ist er verpflichtet, dem Anleger regelmäßige Berichte über die Geeignetheit der Anlage zur Verfügung zu stellen, die insbesondere eine Erklärung darüber enthalten, wie die Anlage den Präferenzen, den Anlagezielen und den sonstigen Merkmalen des Anlegers entspricht.“

Die Möglichkeit, mit dem Kunden ein „Dauerberatung“ mit wiederkehrenden Geeignetheitsprüfungen anzubieten, hat hinsichtlich der Kundenbindung und als inhaltliche Rechtfertigung einer angemessenen, laufenden Vergütung durchaus ihren Charme. Gleichwohl sollte sehr genau abgewogen werden, ob diese Vorteile mit den erhöhten Haftungsrisiken in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Ausblick auf Folge 2

Viel wurde über Sie im Vorfeld gestritten, jetzt steht sie in § 18a des Referentenentwurfs: Die Regelungen zur „Aufzeichnung telefonischer Vermittlung- und Beratungsgespräche und elektronischer Kommunikation“. Mit dieser und weiteren Neuerungen werden wir uns in Folge 2 unseres Newsletters „Die neue FinVermV: Fakten, Folgen & Fragen“ beschäftigen.



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
m.duncker@kanzlei-schlatter.de
d.primus@kanzlei-schlatter.de
www.kanzlei-schlatter.de



Denise Primus
Rechtsanwältin

Kurzprofil: Das Kompetenz-Team Bank- und Kapitalmarktrechts der Kanzlei Schlatter verfügt als Kanzlei in der Metropolregion Rhein-Neckar über ein Team von fünf 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. Lediglich aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in dieser Information nur die männliche Form verwendet.