

BaFin klopft bei Vermittlern an die Tür

Stand: Februar 2020

Den § 34f-Vermittlern hat die Politik ein besonderes Weihnachtsgeschenk unter den Baum gelegt. Am 24.12.2019 wurde auf der Homepage des Finanzministeriums der Gesetzentwurf zur Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagenvermittler auf die BaFin vorgestellt. Vermittler mit Zulassung nach §§ 34f und 34h Gewerbeordnung sollen aus der Obhut der Länder ausscheiden und in die Aufsicht der BaFin überführt werden.

Zunächst einmal kommt es nicht so schlimm wie befürchtet. Es wird nicht einfach die Ausnahmevorschrift für die Fondsvermittlung im KWG und WpHG gestrichen. Das hätte eine vollständige Aufsicht für die Finanzanlagenvermittler bedeutet. Sie hätten sich eine Lizenz der BaFin für die Anlageberatung und Anlagevermittlung holen und einen Erlaubnisantrag nach § 32 KWG stellen müssen. Alternative wäre lediglich ein Haftungsdach gewesen.

Nunmehr hat der Gesetzgeber Gnade walten lassen und schafft einen vollständigen neuen Abschnitt 11a im Wertpapierhandelsgesetz, wo sich die neuen Regelungen für „Finanzanlagendienstleister“ finden. Die Anlagevermittlung und Anlageberatung zu offenen und geschlossenen Fonds sowie Vermögensanlagen wird in diesem Abschnitt neu geregelt und der Aufsicht der BaFin unterstellt. Notwendig ist dazu ein etwas abgespeckter Erlaubnisantrag.

Wer schon eine Lizenz nach §§ 34f oder 34h der Gewerbeordnung hat, kann von einer großzügigen Übergangsregelung profitieren. Für diejenigen gilt die Erlaubnis als erteilt. Die neuen Finanzanlagendienstleister müssen erst nach Aufforderung durch die BaFin die Angaben und Unterlagen wie für einen Erlaubnisantrag vollständig übermitteln. Erst wenn sich die BaFin meldet, muss daher das ganze Lizenzierungsverfahren durchlaufen werden.

Wichtig ist aber die sogenannte Selbsterklärung. Die neuen Finanzanlagendienstleister müssen der BaFin gegenüber im ersten Quartal jeden Jahres eine Erklärung zu ihren Vertriebs- und Beratungsaktivitäten abgeben. In dieser Selbsterklärung müssen die vermittelten Finanzanlagen einschließlich der Anzahl der Geschäfte je Finanzanlage, das Gesamtvolumen je Finanzanlage und das Durchschnittsvolumen, bezogen auf alle Geschäfte, an die BaFin gemeldet werden. Zu nennen ist auch die Anzahl der Anleger, an die vermittelt wurde oder die beraten wurden sowie die erhaltenen Zuwendungen und Honorare, die Anzahl der Beschwerden, Schadenersatz- oder Kulanzzahlungen sowie Zahlungen der Berufshaftpflichtversicherung. Diese Selbsterklärung muss auch schon in der Übergangszeit abgegeben werden, also sobald das neue Gesetz greift. Dadurch soll die BaFin in die Lage versetzt werden herauszufinden, wo die großen Fische sind. Diese werden eher zur Abgabe des Erlaubnisantrages aufgefordert werden.

Wer diesen Aufwand scheut, hat zwei Alternativen: Entweder nutzt er die Möglichkeit eines Haftungsdatums und schlüpft für die Beratung und Vermittlung unter die Haftung eines lizenzierten Instituts. Dieser Weg wird meiner Auffassung nach durch die Neuregelung für die

Wertpapierfirmen unattraktiver werden. Diese Neuregelungen habe ich Ihnen im letzten Newsletter vorgestellt. Sie führen zu einem sehr komplizierten Eigenmittelunterlegungsmechanismus, jedenfalls dann, wenn bestimmte Größenordnungen überschritten werden sowie zu weiteren organisatorischen Anforderungen. Ich nehme daher an, dass nicht alle Finanzanlagendienstleister ein Unterschlupf unter einem regulären Haftungsdach finden werden.

Attraktiver ist daher die neue Möglichkeit einer Art „Haftungsdach light“. Das wird die sogenannte Vertriebsgesellschaft. Das sind die neu von der BaFin beaufsichtigten Finanzanlagendienstleister, an die sich andere Finanzanlagenvermittler oder Honorar-Finanzanlagenberater angliedern können. Auch diese Gesellschaften können – wie die jetzt schon bestehenden Haftungsdächer – die Haftung für andere Vermittler übernehmen und sie exklusiv anbinden. Ist nämlich ein vertraglich gebundener Dienstleister ausschließlich für Rechnung und unter der Haftung einer solchen Vertriebsgesellschaft tätig, so bedarf er selber keiner Erlaubnis. Wie auch in den jetzt bestehenden Haftungsdächern wird dann die Tätigkeit des vertraglich gebundenen Dienstleisters dieser Vertriebsgesellschaft zugerechnet.

Das dürfte für die meisten Pools und Vertriebsplattformen die bessere Alternative als das Haftungsdach sein. Für diese Vertriebsgesellschaften gelten nur bestimmte Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes hinsichtlich Struktur und Organisation, nicht aber das gesamte WpHG und KWG. Vor allem gelten nicht die MaRisk und MaComp, mit ihren detaillierten Anforderungen an die Organisation und Prozesse. Nur in den folgenden Bereichen gelten vergleichbare Anforderungen:

- business continuity management,
- das Interessenkonfliktmanagement,
- Vertriebsvorgaben sowie Sicherheitsmechanismen für die IT,
- allgemeine organisatorische Anforderungen an die Organisationsstruktur,
- die internen Kontrollmechanismen,
- Mitarbeiterqualifikation,
- interne Berichterstattung sowie interne Aufzeichnungen,
- das Vorhalten einer Compliance-Organisation,
- das Risikomanagement,
- die Innenrevision,
- Anforderungen an die Geschäftsleitung sowie
- das Beschwerdemanagement

Die Geschäftsleiter einer solchen Vertriebsgesellschaft unterliegen ebenfalls gesonderten Anforderungen, vergleichbar einer lizenzierten Wertpapierfirma.

Der entscheidende Vorteil ist aber, dass nach den jetzigen Entwürfen für Vertriebsgesellschaften die neuen Anforderungen an Wertpapierfirmen (siehe mein letzter Newsletter vom Januar) nicht gelten.

Ansonsten gelten inhaltlich für den Vermittlungs- und Beratungsprozess die gleichen Anforderungen, wie sie durch die neugefasste Finanzanlagenvermittlungsverordnung nun beschlossen und für die Finanzanlagenvermittler verbindlich gemacht worden sind. Informationspflichten ex-ante und ex-post, Interessenkonfliktmanagement, Offenlegung von Zuwendungen, Risikoinformation an Kunden, Werbematerialien, WpHG-Bogen und Geeignetheitsprüfung, Geeignetheitserklärung/Beratungsprotokoll und die Telefonaufzeichnung kommen ähnlich, wie für lizenzierte Institute, auch auf die Vermittler zu.

Lediglich beim Thema Provisionen sind die Vermittler deutlich besser gestellt als lizenzierte Institute, denn sie müssen keine Qualitätsverbesserung zugunsten des Kunden bei der Entgegennahme von Provisionen belegen.

Wahrscheinlich sollen die neuen Regelungen ab 01.01.2021 gelten. Die Vermittler müssen sich also in diesem Jahr entscheiden, ob sie unter das Dach eines regulären Haftungsdachs oder einer Vertriebsgesellschaft schlüpfen oder selbst den steinigen Weg der BaFin-Aufsicht auf sich nehmen.

Überraschenderweise wird auf eine Wirtschaftsprüfung verzichtet. Stattdessen soll die BaFin die Finanzanlagendienstleister überwachen. Lediglich bei den Vertriebsgesellschaften soll sie einmal jährlich eine Überprüfung vornehmen. Das Institut der Wirtschaftsprüfer hat dies schon vehement kritisiert und verweist auf den IDW-Prüfungsstandard PS 840 für die Prüfung von Finanzanlagenvermittlern. Der hätte sich durch die Neuregelung natürlich erledigt, ebenso wie die entsprechenden Aufträge an die Wirtschaftsprüfer.

Gerade der Wegfall der jährlichen Wirtschaftsprüfung sowie auch die Möglichkeit, bei einer Vertriebsgesellschaft Unterschlupf zu finden, sind die zwei Erleichterungen, durch welche die Politik der Branche entgegenkommen will. Nicht ganz zu Unrecht fragen sich aber die Wirtschaftsprüfer, ob die BaFin tatsächlich flächendeckend in der Lage sein wird, fast 40.000 Vermittler wirksam zu beaufsichtigen. Würde das ernsthaft versucht, müsste die BaFin deutlich Personal aufstocken und dann würde über die BaFin-Umlage die Ersparnis der Wirtschaftsprüfung wahrscheinlich wieder aufgeessen.

Die Frage der Wirtschaftsprüfung wird aus meiner Sicht die einzige interessante politische Entscheidung sein, die bei der Umsetzung des Projektes noch ansteht. Ansonsten wird man sich auf die Neuregelung einstellen müssen.

Mit den besten Grüßen

Ihr
Dr. Christian Waigel
Rechtsanwalt