

Telefonaufzeichnung im beschlossenen Wertpapierhandelsgesetz

Stand: Mai 2017

Der Bundestag hat entschieden. In einem neu gefassten § 83 WpHG wird eine sehr umfassende Telefonaufzeichnung, sprich Taping, vorgeschrieben. Die Aufzeichnung hat auch diejenigen Teile der Telefongespräche und der elektronischen Kommunikation zu beinhalten, in welchen die Risiken, die Ertragschancen oder die Ausgestaltung von Finanzinstrumenten oder Wertpapierdienstleistungen erörtert werden. Damit werden die gesamte Anlageberatung und auch Vorgespräche in der Vermögensverwaltung aufzeichnungspflichtig.

Durch den vorgelegten Gesetzentwurf geht Deutschland über die Intention der MiFID II hinaus. Nach Art. 16 Abs. 7 MiFID II sollen Aufzeichnungen zu Telefongesprächen gefertigt werden, aber nur zu denjenigen Telefonaten mit Bezug auf die beim Handel für eigene Rechnung getätigten Geschäfte und die Erbringung von Dienstleistungen, die sich auf die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen beziehen. Die Bezugnahme ist sprachlich eindeutig auf die Wertpapierdienstleistungen laut Anhang I Abschnitt A Ziff. (1) bis (3) der MiFID II bezogen und betrifft die Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen sowie den Eigenhandel. Auf die in Anhang I Abschnitt A Ziff. (5) genannte Anlageberatung wird gerade nicht Bezug genommen. Die Anlageberatung ist in Art. 16 Abs. 7 MiFID II nicht erwähnt. Daran ändert auch die Ausführung unter Art. 16 Abs. 7 Unterabs. 2 MiFID II nichts. Nach dieser Passage sollen auch die Telefongespräche aufgenommen werden, mit denen die oben genannten Geschäfte veranlasst werden sollen. Auch in dieser Textpassage ist aber ausdrücklich nicht auf die Anlageberatung Bezug genommen.

Dass die MiFID II eigentlich nicht so weit gehen wollte, ergibt sich auch aus den einleitenden Bemerkungen zu MiFID II, nämlich dort der Rdziff. 57 zur MiFID II selbst. Die telefonischen Aufzeichnungen sollen nach den dortigen Ausführungen gewährleisten, dass die Bedingungen aller von den Kunden erteilten Aufträge und deren Übereinstimmung mit den von den Wertpapierfirmen ausgeführten Geschäften nachgewiesen werden können. Zudem sollen Verhaltensweisen aufgedeckt werden, die im Hinblick auf Marktmissbrauch relevant sein können und zwar auch dann, wenn Firmen für eigene Rechnung Handel treiben. Zweck der Aufzeichnungspflicht gemäß MiFID II ist daher nach der eindeutig geäußerten Intention des Richtliniengebers die Möglichkeit zur Aufdeckung von Fehlorders durch eine telefonische Dokumentation sowie die Möglichkeit, Marktmissbrauch aufdecken zu können. Intendiert ist aber nicht die gesamte Aufzeichnung einer Anlageberatung.

Der vorliegende Gesetzentwurf entspricht daher nicht einer 1:1 Umsetzung, sondern geht über die Intention der europäischen Vorgabe hinaus. Gerade die Intention wird aber durch die Formulierung des neuen § 83 WpHG sehr deutlich. Institute müssen, „*unbeschadet der Aufzeichnungspflichten nach MiFID II*“, über die von ihnen erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen sowie die von ihnen

getätigten Geschäfte Aufzeichnungen erstellen, die es der BaFin ermöglichen, die Einhaltung der Wohlverhaltenspflichten zu prüfen und durchzusetzen! Die dahinterstehende Absicht wird klar: Es soll durch die Aufzeichnung vor allem geprüft werden können, ob Anlageberatungen ohne Protokoll (oder in Zukunft die Geeignetheitserklärung) durchgeführt worden sind, ein Verdacht, den die BaFin seit langem hegt.

Leider hilft es auch nicht, die telefonische Ordererteilung mit dem Kunden auszuschließen, um sich der Aufzeichnungspflicht zu entziehen. Damit die Telefonaufzeichnung immer durchgeführt wird, hat man dieses Schlupfloch verschlossen. Die Aufzeichnungspflicht gilt nach § 83 Abs. 3 WpHG-neu auch, wenn gar keine telefonischen Orders gegeben werden können, d.h. auch dann, wenn das Telefongespräch oder die elektronische Kommunikation nicht zum Abschluss eines solchen Geschäftes oder zur Erbringung einer solchen Dienstleistung führt.

Aus meiner Sicht kollidiert der vorliegende Gesetzentwurf mit den Vorgaben der neuen Datenschutzgrundverordnung (EU-DSGVO). Nach Artikel 5 Abs. 1 lit c) EU-DSGVO gilt das Prinzip der Datenminimierung: „Personenbezogene Daten müssen dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein (**„Datenminimierung“**)“. Gem. dem Referentenentwurf, Stand vom 23.11.2016, der die Richtlinie in deutsches Recht umsetzen soll, regelt z. B. § 65, dass „Datenschutzgrundsätze wie etwa Datensparsamkeit wirksam umzusetzen und die notwendigen Garantien in die Verarbeitung aufzunehmen (sein), um den gesetzlichen Anforderungen zu genügen und die Rechte der betroffenen Personen zu schützen“. Dies ging auch schon aus dem alten § 3a BDSG hervor.

Durch die in dem Gesetzentwurf zum 2. FiMaNoG enthaltene, sehr weite Aufzeichnungspflicht und die nicht klare Abgrenzung im Text des Gesetzes und auch der Begründung besteht sogar das Risiko einer Strafbarkeit nach § 201 StGB. Nach dieser Vorschrift ist nämlich eine strafrechtliche Sanktionierung denkbar, sofern „unbefugt“ ein nicht öffentlich gesprochenes Wort auf einem Tonträger aufgenommen wird. Es wird daher dringend notwendig, dass die BaFin und das BMF eine genaue Definition der aufzuzeichnenden Telefonate wenigstens in dem MaComp verlautbaren.

Der Bundesrat könnte das Gesetz noch stoppen, ich mache mir aber wenig Hoffnung, da das Thema politisch keine Aufmerksamkeit genießt.

Mit den besten Grüßen

Ihr
Dr. Christian Waigel
Rechtsanwalt