

MiFID II–Umsetzungsgesetz vorgestellt – Referentenentwurf enthält kleine Überraschungen **Stand: November 2015**

Seit dieser Woche ist der Gesetzentwurf zur Umsetzung von MiFID II veröffentlicht. Es handelt sich um ein stolzes Werk von 263 Seiten mit detaillierten Änderungen für fast alle Bankgesetze. Vor allem das Wertpapierhandelsgesetz wird komplett überarbeitet, neu durchnummeriert und umgekrempelt. Sehr viele inhaltliche Überraschungen enthält der Gesetzentwurf aber nicht. Er bildet im Wesentlichen die MiFID II-Rahmenrichtlinie ab und verankert die politischen Grundentscheidungen der MiFID II in den jeweiligen nationalen Gesetzen. Die Detailumsetzung fehlt aber noch. Nach wie vor warten wir auf die sogenannten „delegierten Rechtsakte“, d.h. die genauen Vorgaben der EU-Kommission für die Umsetzung der Details, z.B. zu

- Provisionen,
- Kostenoffenlegung,
- Verbraucherinformationen,
- Transparenzvorschriften, usw..

Deswegen finden sich in dem Gesetzentwurf an vielen Stellen Verweise auf diese zu erwartenden delegierten Rechtsakte oder Verordnungsermächtigungen, in denen dann erst die Details geregelt werden sollen.

Ein paar wichtige Neuerungen, vor allem für den Verbraucherschutz, wollen wir aber bereits vorstellen:

1. Aufgaben der Geschäftsleitung

In einem neuen § 69 WpHG werden die Aufgaben für die Geschäftsleitung genau festgelegt. Wie auch im Kreditwesengesetz schreibt der Gesetzgeber der Geschäftsleitung genau ins Stammbuch, welche Umsetzungsmaßnahmen der Gesetzgeber erwartet und welche organisatorischen Schritte die Geschäftsleitung zur Umsetzung von MiFID II und anderer Aufsichtsnormen ergreifen muss – das betrifft vor allem

- > die Organisation,
- > Auswahl und Schulung des Personals,
- > die Gestaltung der Firmenpolitik,
- > die Festlegung einer Vergütungspolitik sowie
- > die Überwachung und Überprüfung der durchgeführten Geschäfte.

2. Anlegerschutz

Die entscheidende Vorschrift für den Anlegerschutz soll ein neu gefasster § 57 WpHG werden. Zur Aufnahme der wesentlichen anlegerschützenden Vorschriften aus MiFID II wird die Vorschrift sagenhafte 23 Absätze lang und gewinnt damit ein Ausmaß wie früher der berühmte § 10 KWG mit den Eigenmittelvorschriften aus BASEL II.

Die erste große Überraschung ist die Neuregelung für das Beratungsprotokoll. In einem neuen § 57 Abs. 12 WpHG soll das Beratungsprotokoll durch eine sogenannte „Geeignetheitsklärung“ ersetzt werden. Sie muss nur noch die erbrachte Beratung nennen und erläutern, wie die Empfehlung auf die Anlageziele und sonstigen Merkmale des Kunden abgestimmt wurde. Damit wäre dem Kunden gegenüber nur noch die sogenannte „Geeignetheitsprüfung“ (Suitability-Test) zu dokumentieren und das alte Beratungsprotokoll abgeschafft. Dieses verlangte eine Wiedergabe der WpHG-Daten des Kunden und eine Begründung für die Beratungsempfehlung. Die sogenannte „Geeignetheitsklärung“ ließe sich deutlich verschlanken und würde eine erhebliche Erleichterung darstellen.

3. Honorar-Anlageberatung

Die durch MiFID II vorgesehenen höheren Anforderungen an die unabhängige Anlageberatung gehen in Neuregelungen für die in Deutschland bereits bekannte Honorar-Anlageberatung auf und enthalten im Wesentlichen die MiFID II-Vorgaben für das geplante „Premium-Segment“ der unabhängigen Anlageberatung (Honorar-Anlageberatung).

4. Telefonaufzeichnung

Die Pflicht zur Telefonaufzeichnung (Taping) soll in einem neuen § 71 Abs. 3 WpHG aufgenommen werden.

Aufzeichnungspflichtig werden Telefonate hinsichtlich der beim Handel für eigene Rechnung getätigten Geschäfte und Telefonate im Rahmen der Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen. Der Gesetzgeber hält ausdrücklich fest, dass auch die Kommunikation aufgezeichnet werden muss, die nicht zu einem Abschluss eines Geschäfts durch den Kunden führt.

Aufzeichnungspflichtig werden Telefongespräche und jegliche elektronische Kommunikation, die das Institut und seine Mitarbeiter über dienstlich gestellte Kommunikationsgeräte durchführen. Die Nutzung privater Geräte ist zu unterbinden, wenn Telefongespräche und elektronische Kommunikation über diese Geräte nicht erfasst werden können.

5. Kostenoffenlegung

Ein im Richtlinientext und in den ESMA Ausführungen vage gehaltener Punkt betraf die Kostenoffenlegung. Nach dem Richtlinientext sollte die laufende Kostenoffenlegung lediglich „gegebenenfalls“ erfolgen d.h. unter gewissen Umständen.

Etwas mehr Licht ins Dunkel, was dieses Wörtchen „gegebenenfalls“ bedeuten soll, brachte die ESMA in ihrem *Technical Advice*. ESMA empfahl der Kommission, dass bei einer „ongoing relationship“ mit dem Kunden das laufende Kostenreporting zur Verfügung gestellt werden muss. Bei einer einmalig erbrachten Kundenberatung hingegen sollte keine Pflicht zur periodischen Kostenoffenlegung bestehen. Der vorliegende Referentenentwurf lässt diese Debatte völlig unberücksichtigt und enthält keinerlei Beschränkungen der laufenden Kostenoffenlegung. Insbesondere fehlt auch das Wort „gegebenenfalls“ aus der Richtlinie.

Wenn sich der Entwurfswortlaut durchsetzt, hätten Kunden selbst dann Anspruch auf regelmäßige Kosteninformationen, wenn mit ihnen im Anschluss an eine Beratung kein Kontakt mehr besteht. Dies würde einen immensen Informationsaufwand bei den Instituten bezogen auf „Kartei-Leichen“ nach sich ziehen, der nicht gerechtfertigt wäre.

6. Provisionsverbot für Vermögensverwalter

Erfreulicher als die Kostenoffenlegung ist im Referentenentwurf das Provisionsverbot für die Vermögensverwalter geregelt. Der Vermögensverwalter darf keine Provisionen „annehmen und behalten“.

Aus unserer Sicht ist damit nur die Kombination aus Annahme und Behalten nicht erlaubt. Die Annahme und anschließende Auskehr der Provisionen an den Kunden sollte hingegen möglich sein. Dies wäre für die Vermögensverwalter insoweit von Vorteil, weil sie an ihrer Handhabung, die sie heute schon häufig praktizieren, festhalten könnten, nach der die Provisionen zunächst entgegengenommen und erst danach gutgeschrieben werden.

7. Mitarbeiterqualifikation

Die bislang geltenden Anforderungen an die Eignung der Mitarbeiter in der Anlageberatung, die Vertriebsbeauftragten sowie die Compliance-Beauftragten werden nun auch auf Vertriebsmitarbeiter und auf Mitarbeiter erweitert, die in der Vermögensverwaltung eingesetzt sind.

Überraschenderweise gilt für die Mitarbeiter in der Vermögensverwaltung jedoch nur das Gebot der Zuverlässigkeit. Die fachliche Eignung wird mit keinem Wort angesprochen.

Es bleibt abzuwarten, ob diese Privilegierung so gewollt war. Ebenso erstaunlich und gleichzeitig erfreulich ist, dass die Vertriebsmitarbeiter und die Mitarbeiter in der Vermögensverwaltung – anders als noch die Anlageberater, Vertriebsbeauftragten und Compliance-Beauftragten – nicht zum Mitarbeiterregister der BaFin angezeigt werden müssen.

8. § 34f und Ausnahmevorschrift für den Fondsvertrieb

In dem Referentenentwurf ist die Ausnahmevorschrift für den Fondsvertrieb und damit die Ausnahmeregelung nach §§ 34f und 34g Gewerbeordnung weiterhin enthalten. Ob dazu schon das letzte Wort gesprochen ist, können wir zum jetzigen Stadium nicht beurteilen.

Im Sommer hatte sich der Zentrale Kreditausschuss (und damit die gesamte Deutsche Kreditwirtschaft) gegen die Ausnahmevorschrift ausgesprochen. Auch aus dem Justizministerium waren aus der Abteilung ‘Verbraucherschutz’ sehr kritische Stimmen zu hören. Der jetzt vorliegende Referentenentwurf belässt die Ausnahmevorschrift. Offensichtlich soll die Aufsicht über die Finanzanlagenvermittler auch bei den Ländern (und damit bei den Gewerbeaufsichtsämtern und den IHK’s) belassen werden und nicht zur BaFin wandern.

Bonmot am Ende

Das größte Amusement im Referentenentwurf bereitet die Schätzung der Umsetzungskosten für die Wirtschaft. Laut Referentenentwurf liegen die jährlichen Kosten für Wirtschaft bei

EUR 11,5 Mio. und die einmaligen Umsetzungskosten bei EUR 8,3 Mio.. Bei einer einigermaßen seriös durchgeführten Vollkostenrechnung dürfte dieser Rahmen bereits durch zwei größere Sparkassen überschritten werden.

Mit den besten Grüßen
Ihr

Dr. Christian Waigel
Rechtsanwalt