



VOTUM

Verband Unabhängiger Finanzdienstleistungs-Unternehmen in Europa e.V.

Stellungnahme zur rechtlichen Situation der gewerblichen Anlagevermittler nach Inkrafttreten der MiFID II am 03.01.2018

Bei einer Vielzahl von Vermittlern mit einer Gewerbeerlaubnis nach § 34 f GewO besteht derzeit eine Verunsicherung darüber, welche Pflichten von ihnen nach Inkrafttreten der MiFID II ab dem 03.01.2018 im Rahmen ihrer Berufsausübung zu beachten sind.

Gesetzgeberisches Versäumnis führt zu Verunsicherung

Auch wir bedauern, dass es hier aufgrund des unverständlicherweise verzögerten Gesetzgebungsverfahrens zu einer unnötigen Verunsicherung des Marktes gekommen ist. Der Vorgang ist ein Beispiel dafür, dass das gesetzgeberische Wirken der Großen Koalition, insbesondere zum Ende der Legislaturperiode, nicht so effizient war, wie man es angesichts der Mehrheitsverhältnisse hätte erwarten können.

Auch nach dem 03.01.2018 gilt ausschließlich die aktuelle FinVermV

Die Antwort auf die Frage, welcher Rechtsrahmen nunmehr für § 34 f GewO-Vermittler nach dem 03.01.2018 gilt, ist eindeutig:

Solange keine Änderungen an der Finanzanlagenvermittlungsverordnung beschlossen werden, ist diese in der derzeit gültigen Fassung von den gewerblichen Anlagevermittlern einzuhalten. Das heißt die Berufsausübung kann in der derzeit ausgeübten Form unverändert fortgeführt werden.

Eine Rechtsgrundlage für die Geltung darüber hinausgehender oder von der FinVermV abweichender Pflichten besteht tatsächlich nicht.

Keine Direktwirkung der MiFID II

Es gibt keine nationale Direktwirkung europäischer Richtlinien. Die Einhaltung von Vorgaben der MiFID II, ohne dass der deutsche Gesetzgeber diese für den § 34 f-Vertrieb in ein deutsches Gesetz bzw. in eine Verordnung umgesetzt hat, kann daher nicht gefordert werden. Der nationale Umsetzungsakt durch das 2. Finanzmarktnovellierungsgesetz wendet sich ausschließlich an Finanzdienstleistungsinstitute und nicht an gewerbliche Vermittler nach § 34 f.

Die MiFID II hat ausdrücklich in Artikel 3 vorgesehen, dass jeder Mitgliedsstaat beschließen kann, dass Personengruppen von der Anwendung der Richtlinie ausgenommen werden, sofern sie ausschließlich die Vermittlung bzw. Beratung im Zusammenhang mit dem Erwerb von Fondsbeteiligungen vornehmen und hierbei nicht berechtigt sind, sich Geld oder Wertpapiere von Kunden zu verschaffen. Dies gilt auch weiterhin für die § 34 f-Vermittler.



VOTUM

Verband Unabhängiger Finanzdienstleistungs-Unternehmen in Europa e.V.

Zwar enthält Artikel 3 Abs. 2 der MiFID II Vorgaben dafür, welche Inhalte der MiFID II auch in den Bestimmungen der Mitgliedstaaten für die Personen enthalten sein müssen, die der Bereichsausnahme unterfallen. Dies führt jedoch nicht zu einer unmittelbaren Wirkung der MiFID II in Deutschland, sondern es bedarf weiterhin der Umsetzung durch einen nationalen gesetzgeberischen Akt, um die Vorgaben der MiFID II in die FinVermV einfließen zu lassen. Da dieser bisher nicht erfolgt ist, gilt weiterhin die aktuell bestehende FinVermV.

§ 34 f-Vermittler dürfen weiterhin Gewinne aus Provisionseinkünften erzielen

Der § 34 f-Vermittler darf weiterhin aus Zuwendungen Gewinne erzielen. Wir gehen davon aus, dass dies auch nach einer Änderung der FinVermV der Fall sein wird, da ansonsten die Unterscheidung zwischen Anlagevermittlern und Honorarberatern nicht mehr gegeben ist. Dem auf Provisionsbasis tätigen Anlagevermittler kann nicht auferlegt werden, ein parallel geltendes Honorarvergütungssystem zu entwickeln, um es ihm zu ermöglichen, Gewinne zu erzielen.

Keine Pflicht für telefonische Aufzeichnung von Beratungsgesprächen durch § 34 f-Vermittler

Die von einem § 34 f-Vermittler telefonisch erbrachte Anlageberatung ist derzeit nicht aufzuzeichnen. In § 34 g Abs. 1 S. 2 Ziff. 3 GewO ist lediglich eine Ermächtigung enthalten, die vorgibt, dass in der Verordnung auch Vorschriften zur Aufzeichnung telefonischer Beratungsgespräche und der elektronischen Kommunikation eingebunden werden. Eine Umsetzung in der Neufassung der FinVermV kann also erwartet werden. Eine gesetzliche Pflicht zur Aufzeichnung besteht jedoch noch nicht.

Da der § 34 f-Vermittler seine Beratung im eigenen Namen und nicht im Namen eines Finanzdienstleistungsinstituts erbringt, was ihn von dem gebundenen Agenten eines Haftungsdachs unterscheidet, kann es auch keine abgeleitete Aufzeichnungspflicht geben.

Vertragspartner müssen die eigenständige Rechtsposition des § 34 f-Vermittlers berücksichtigen

Die Vertragspartner des § 34 f-Vermittlers, d.h. Depotbanken, Fondsgesellschaften, Kapitalverwaltungsgesellschaften u. a. sind aufgefordert, die eigenständige Rechtsposition der § 34 f-Vermittler zu berücksichtigen. Es ist nicht angemessen, diesen Verpflichtungen beispielsweise aus dem WpHG aufzuerlegen, die für ihre gewerbliche Tätigkeit tatsächlich nicht gelten.

Neue Software kann genutzt werden

Wer schon eine auf MIFID II Dokumentation abgestellte Software besitzt, kann diese auch heute schon nutzen. Da hier die Risikotoleranz und -tragfähigkeit des Kunden gesteigert berücksichtigt werden, sowie eine Geeignetheitserklärung erstellt wird, kann dieses System selbstverständlich auch unter der derzeit geltenden FinVermV eingesetzt werden. Diese Form der Beratungsdokumentation stellt für den Kunden keine Verschlechterung gegenüber den aktuell geltenden gesetzlichen Anforderungen dar, sondern übertrifft insbesondere im Bereich der Offenlegung von Zuwendungen sogar das Maß der aktuell zu erfüllenden Transparenzvorgaben.

Die Phase bis zum Inkrafttreten einer neuen FinVermV kann daher auch zur Einführung aktualisierter Beratungssoftware genutzt werden.



VOTUM

Verband Unabhängiger Finanzdienstleistungs-Unternehmen in Europa e.V.

Geschichte wiederholt sich

Die Situation einer verspätet umgesetzten europäischen Richtlinie ist im Übrigen ein Wiederholungsfall. Die erste Versicherungsvermittlerrichtlinie (IMD) sollte in den Nationalstaaten ab dem 15.01.2005 gelten. In Deutschland wurde sie tatsächlich erst zum 22.05.2007 umgesetzt. Obwohl die Richtlinie tiefgehende Veränderungen enthielt, wie etwa das Gebot zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung sowie Erstauskunfts- und Beratungsdokumentationspflichten, gab es für keinen der Versicherungsvermittler die Pflicht, diese Anforderungen schon vor dem deutschen Umsetzungsgesetz einzuhalten. Die Versicherungsvermittlung in Deutschland erfolgte daher fast 2 ½ Jahre ohne die Einhaltung der Vorgaben der IMD. Dies hatte weder für Vermittler noch Versicherungsunternehmen negative Konsequenzen. Es gab weder begründete Schadenersatzforderungen noch Interventionen der Aufsicht.

Berlin, 13. Dezember 2017

Rechtsanwalt Martin Klein
Geschäftsführender Vorstand
VOTUM e.V.