

MiFID II 'Taping-Pflicht' für Telefonberatung

– Dr. Martin Andreas Duncker, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Schlatte Rechtsanwält Steuerberater, Heidelberg/Mannheim –

Am 03.01.2018 tritt das MiFID II-Umsetzungsgesetz in Kraft. Zu den Änderungen zählen unter anderem die Einführung einer Geeignetheitserklärung statt eines Beratungsprotokolls und Neuerungen beim Produktprüfungs- und Produktfreigabeverfahren für Konzepture und Vertrieb. Zudem bringt es die viel diskutierte Taping-Pflicht bei Telefongesprächen. Die **Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA)** hat Richtlinien und einen Frage-Antwort-Katalog zu einigen dieser Änderungen ('Guidelines', 'Questions & Answers') veröffentlicht. Diese Beilage beschäftigt sich mit der Frage der Aufzeichnungspflicht von telefonischen Beratungsgesprächen.

Aufzeichnungspflicht für WpHG-Institute

Neben den verstärkten Anforderungen an einen Kostenausweis wurde kaum ein MiFID II-Aspekt so heftig diskutiert wie die Aufzeichnungspflicht von telefonisch geführten Beratungs-/Auftragsgesprächen. Für WpHG-Institute scheint die Sache klar: Der im Juni verabschiedete Entwurf sieht in § 83 Abs. 3 WpHG n.F. vor, dass ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Inhalte der Telefongespräche und der elektronischen Kommunikation hinsichtlich der beim Handel für eigene Rechnung getätigten Geschäfte und der Erbringung von Dienstleistungen, die sich auf die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen beziehen, aufzuzeichnen hat. Zur Umsetzung dieser Pflicht hat das WpHG-Institut "alle angemessenen Maßnahmen" zu ergreifen (§ 83 Abs. 4 WpHG n.F.). Die Aufzeichnung hat insbesondere diejenigen Teile der Telefongespräche und der elektronischen Kommunikation zu beinhalten, in denen die Risiken, die Ertragschancen oder die Ausgestaltung von Finanzinstrumenten oder Wertpapierdienstleistungen erörtert werden. Diese Aufzeichnung soll der Beweissicherung dienen.

Aufzeichnungspflicht nicht disponibel

Der Kunde ist über diese Aufzeichnungspflicht zu informieren. Wird der Kunde nicht informiert oder widerspricht der Kunde der Aufzeichnung des Gespräches, so sieht das WpHG (entsprechend den europarechtlichen Vorgaben) zukünftig eine klare Rechtsfolge vor: Eine telefonisch veranlasste Wertpapierdienstleistung, die sich auf die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen bezieht, darf dann nicht durchgeführt werden. So darf z. B. die telefonisch hereingereichte Wertpapierorder nicht ausgeführt werden, wenn der Kunde mit dem Telefonmitschnitt nicht einverstanden ist. Dies wird einen Lernprozess bei einigen Kunden erfordern, die es zwar mittlerweile gewohnt sind, dass sie um eine Einwilligung zum Telefonmitschnitt z. B. 'zur Qualitätssicherung' gebeten werden, die aber bislang den Zweck ihres Anrufes auch ohne Aufzeichnung erreichen konnten. Anders im WpHG n.F.: Ein Nein zur Aufzeichnung bedeutet zugleich ein Nein zur telefonisch erbetenen Wertpapierdienstleistung.

ESMA konkretisiert die 'Taping'-Pflicht

Von der 'Taping'-Pflicht sind laut der ESMA sämtliche elektronischen Kommunikationsmittel erfasst. Hierzu gehört nicht nur die Aufzeichnung von Telefongesprächen, sondern auch die Speicherung und Sicherung von Videokonferenzen, Fax, E-Mail, SMS, alle Arten von Instant Messaging und Nachrichten übermittelt über B2B-Kommunikationsmittel. Den Begriff der elektronischen Mittel versteht die ESMA weit. So werden in Zukunft auch neuartige Kommunikationsmittel von der Richtlinie erfasst. Relevante Telefongespräche müssen nach den Vorgaben der ESMA von Beginn bis zum Schluss aufgenommen werden, d. h. die Aufnahme darf also nicht erst beginnen, wenn es zum konkreten Auftrag für einen Geschäftsabschluss kommt. Von der Aufzeichnungspflicht erfasst werden laut ESMA nicht nur Gespräche mit den Kunden zur Auftragserteilung, sondern auch interne Gespräche zwischen Mitarbeitern der Verpflichteten, die sich auf

Ihr direkter Draht ...



02 11 / 66 98 - 164

Fax: 02 11 / 69 12 - 440

e-mail: kmi@kmi-verlag.de

... für den vertraulichen Kontakt

Impressum

markt intern Verlagsgruppe – kapital-markt intern Verlag GmbH, Grafenberger Allee 30, D-40237 Düsseldorf. Tel.: +49 (0)211 6698 199, Fax: +49 (0)211 6912 440. www.kmi-verlag.de. Geschäftsführer: Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Rechtsanwalt Gerrit Weber, Dipl.-Ing. Günter Weber. Gerichtsstand Düsseldorf. Handelsregister HRB 71651. Vervielfältigung nur mit Genehmigung des Verlages.

kapital-markt intern Herausgeber: Dipl.-Ing. Günter Weber. Chefredakteur: Redaktionsdirektor Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Redaktionsdirektor Rechtsanwalt Gerrit Weber. Redaktionsbeirat: Dipl.-Ing. Dipl.-Oen. Erwin Hausen, Rechtsanwalt Dr. Axel J. Prümm, Christian Prüßing M.A., Dipl.-Oec. Curt Jürgen Wulle. Druck: Theodor Gruda, www.gruda.de. ISSN 0173-3516

die Ausführung des Auftrags beziehen. Nach dem Willen der ESMA sollen also nicht allein die Gespräche aufgezeichnet werden, die den Auftrag zum Geschäftsabschluss beinhalten, sondern auch die gerade dazu führenden Gespräche. Sinn und Zweck der Aufzeichnung ist, dass Protokolle und Gesprächsaufzeichnungen als Nachweise zur Verfügung stehen, um die Nachverfolgung der Geschäftsbeziehung hinsichtlich der von den Kunden erteilten Aufträge und der von den Firmen abgeschlossenen Geschäfte zu ermöglichen. Nach den Ausführungen der ESMA sind die Aufzeichnungspflichten daher weit auszulegen.

Aufzeichnungspflicht auch für 34f-Vermittler

Die Regelungen im neugefassten WpHG richten sich an Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Sie gelten daher nicht unmittelbar für Finanzanlagenvermittler nach § 34f GewO. Unter Berücksichtigung von Artikel 3 Abs. 2 und Artikel 16 Abs. 7 MiFID II sowie dem klaren Handlungsauftrag des nationalen Gesetzgebers an das **Bundeswirtschaftsministerium (BWMi)** als zuständigem Verordnungsgeber ist aber davon auszugehen, dass die Aufzeichnungspflicht auch für freie Finanzanlagenvermittler kommen wird. Der Gesetzgeber hat dem BWMi ausdrücklich in die to-do-Liste geschrieben, dass die **Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV)** zukünftig Vorschriften über die Pflicht des Gewerbetreibenden, telefonische Beratungsgespräche und die elektronische Kommunikation aufzuzeichnen und zu speichern, enthalten muss (§ 34g Abs. 1, S. 2 Nr. 3 GewO). Die Aufzeichnungspflicht gehört damit nicht zum Regelkanon, den der Gesetzgeber in dieser Ermächtigungsnorm in das Ermessen des Verordnungsgebers gestellt hat.

Neue FinVermV?

Obwohl die Änderungen aus MiFID II zum 03.01.2018 in Kraft treten, hat das zuständige BWMi bis heute keinen Entwurf der überarbeiteten FinVermV geliefert. Das BWMi hatte zunächst angekündigt, den Entwurf der neuen FinVermV im September 2017 zu veröffentlichen. Der Entwurf liegt bis heute nicht vor. Neue Verlautbarungen des BWMi, wann ein Entwurf zur Verfügung gestellt wird, gibt es bisher nicht. Da bei der Erstellung auch das **BMF** und das **Justizministerium** eingebunden sind, alle Ministerien bis zur Bildung einer neuen Bundesregierung nur kommissarisch geführt werden, und die FinVermV ggf. nicht ganz oben auf der ministerialen Prioritätenliste steht, wird möglicherweise erst weit im Jahr 2018 entschieden werden, wie die MiFID II-Vorgaben für GewO-Vermittler umgesetzt werden. Bis dahin sind weiterhin die Regelungen der aktuellen FinVermV maßgebend.

Trotz FAQ's - Fragen bleiben offen

Trotz MiFID-II-Beweggründen, der WpHG-Neufassung, Auslegungshilfen und FAQ's der ESMA bleiben viele Fragen zur Aufzeichnungspflicht, insbesondere zur praktischen Umsetzung bislang unbeantwortet: ++ Wann kippt ein telefonisch geführtes Kunden- bzw. Informationsgespräch in ein aufnahmepflichtiges Gespräch? ++ Wie wird die Aufzeichnung und Archivierung technisch revisionsicher umgesetzt – z. B. auch bei mit dem Handy geführten Gesprächen? ++ Inwieweit können rechtssicher externe Dienstleister eingebunden werden und was ist dabei zu beachten (Stichwort: Auftragsdatenverarbeitung)? ++ In welchem Verhältnis steht die Pflicht, die Aufzeichnungen nach spätestens 5 bzw. 7 Jahren zu löschen (§ 83 Abs. 8 WpHG-E) zur absoluten Verjährungsfrist von 10 Jahren? ++ Droht ggf. eine Änderung der zivilrechtlichen Darlegungs- und Beweislast wegen angeblicher Aufklärungspflichtverletzungen zu Lasten der Finanzdienstleister, wenn ein aufsichtsrechtlich vorgeschriebener Gesprächsmitschnitt innerhalb der Aufbewahrungsfrist nicht (mehr) greifbar ist?

Ausblick

Die strikte Trennung zwischen Aufsichtsrecht und Zivilrecht hält der **BGH** weiterhin aus guten Gründen weitgehend aufrecht. Da die Aufzeichnungspflicht aber gerade auch der Beweissicherung dienen soll, könnte die Frage nach möglichen Wechselwirkungen zwischen Aufsichtsrecht und Haftungsrecht bald wieder auf der Tagesordnung stehen. Bis zu einer Klärung durch entsprechende Konkretisierungen, Verwaltungspraxis oder Rechtsprechung wird noch Zeit vergehen. Die nach MiFID II Verpflichteten werden diese Fragen in der Zwischenzeit für sich beantworten und praktikable Lösungen entwickeln müssen. Sofern technisch für die Umsetzung der Aufzeichnungspflicht weder ein angeschlossenes Rechenzentrum noch eine leistungsfähige TK-Anlage zur Verfügung steht, sollte die Einbindung externer Dienstleister rechtzeitig geprüft werden. Sowohl Wertpapierdienstleister als auch Finanzanlagenvermittler sind gut beraten, die weiteren Aktivitäten von Gesetz- und Verordnungsgeber und die aktuellen Diskussionen zu verfolgen. Möglicherweise kommt der Entwurf der FinVermV doch noch schneller als gedacht.

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder.

In Europas größter Informationsdienst-Verlagsgruppe...

...erscheinen die wöchentlichen Branchenbriefe:

steuerberater intern
immobilien intern
umsatzsteuer intern
Ihr Steuerberater
steuer@qmbi intern
EXCLUSIV (Schweiz)



Bank intern
kapital-markt intern
finanztip
versicherungstip
investment intern
inside track (USA)