

infobrief 23/2017

Donnerstag, 28. Dezember 2017

Niklas Korff

- Seit 1995 - Ein Service des iff für die Verbraucherzentralen und den VZBV - Seit 1995 -

Infobriefe im Internet: <http://www.iff-hamburg.de/index.php?id=3030>

Stichwörter

MIFID II; 2. FiMaNoG; Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht

A. 2. FiMaNoG

Durch das Zweite Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693) setzt der deutsche Gesetzgeber in erster Linie die europäischen Vorgaben der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II) und der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR) in nationales Recht um.

Ziele der europäischen Reformen sind u.a.:

- Schließung von Aufsichtslücken bei der Regulierung von Handelsplätzen,
- Einführung einer neuen Erlaubnispflicht für bisher nicht überwachte organisierte Handelssysteme (OTF),
- Schaffung von mehr Transparenz durch die Ausdehnung von Veröffentlichungspflichten auf weitere Finanzinstrumente und durch Vorgaben zur Organisation und zum Betreiben von Datenbereitstellungsdiensten,
- eine stärkere Überwachung von Warenderivaten,
- die Regulierung des algorithmischen Handels, insbesondere des Hochfrequenzhandels,
- eine Stärkung des Anlegerschutzes durch Ausweitung der Verhaltens- und Organisationspflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen, insbesondere durch höhere Transparenz- und Informationspflichten und bessere Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörden.

Die neuen Regelungen führen in erheblichem Maße zu einer Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG), in das u.a. neue Abschnitte aufgenommen und der Katalog von Ordnungswidrigkeitstatbeständen erweitert worden sind. Der Bußgeldrahmen ist ebenfalls deutlich erhöht worden. Bei dieser Gelegenheit wird das WpHG vollständig neu nummeriert, sodass sich der Rechtsanwender bei der Angabe von Paragraphen umstellen muss. So finden sich künftig z.B. die Regelungen zur Beteiligungstransparenz in §§ 33 ff. WpHG (bisher §§ 21 ff. WpHG) und die Bußgeldvorschriften in § 120 WpHG (bisher § 39 WpHG).

institut für finanzdienstleistungen e.V. (iff) | Vorstand: Udo Philipp, Prof. Dr. Ingrid Gröbl | Direktor: Dr. Dirk Ulbricht

(NEU!) Grindelallee 100	www.iff-hamburg.de	Hamburger Sparkasse	Postbank Hamburg
(NEU!) 20146 Hamburg	institut@iff-hamburg.de	IBAN DE62 2005 0550 1238 1229 21	IBAN DE23 2001 0020 0584 9552 00
Fon +49 (0)40 30 96 91-0	USt-IdNr. DE 118713543	BIC HASPDEHHXXX	BIC PBNKDEFF
Fax +49 (0)40 30 96 91-22	AG Hamburg VR 13836	Gläubiger-ID: DE39ZZZ00000988279	

B. § 83 WpHG n.F.

Der nachfolgende Infobrief befasst sich mit dem künftigen § 83 WpHG, der am 3. Januar 2018 in Kraft tritt. Dieser ersetzt den alten § 34 WpHG und lautet künftig wie folgt:

§ 83 Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht

(1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss, unbeschadet der Aufzeichnungspflichten nach den Artikeln 74 und 75 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565, über die von ihm erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen sowie die von ihm getätigten Geschäfte Aufzeichnungen erstellen, die es der Bundesanstalt ermöglichen, die Einhaltung der in diesem Abschnitt, in der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 und der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 geregelten Pflichten zu prüfen und durchzusetzen.

(2) Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat Aufzeichnungen zu erstellen über Vereinbarungen mit Kunden, die die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien sowie die sonstigen Bedingungen festlegen, zu denen das Wertpapierdienstleistungsunternehmen Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen für den Kunden erbringt. In anderen Dokumenten oder Rechtstexten normierte oder vereinbarte Rechte und Pflichten können durch Verweis in die Vereinbarungen einbezogen werden. Nähere Bestimmungen zur Aufzeichnungspflicht nach Satz 1 ergeben sich aus Artikel 58 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565.

(3) 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, hat das Wertpapierdienstleistungsunternehmen für Zwecke der Beweissicherung die Inhalte der Telefongespräche und der elektronischen Kommunikation aufzuzeichnen. Die Aufzeichnung hat insbesondere 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. Hierzu darf das Wertpapierdienstleistungsunternehmen personenbezogene Daten erheben, verarbeiten und nutzen. Dies gilt auch, wenn das Telefongespräch oder die elektronische Kommunikation nicht zum Abschluss eines solchen Geschäftes oder zur Erbringung einer solchen Dienstleistung führt.

(4) Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat alle angemessenen Maßnahmen zu ergreifen, um einschlägige Telefongespräche und elektronische Kommunikation aufzuzeichnen, die über Geräte erstellt oder von Geräten gesendet oder empfangen werden, die das Wertpapierdienstleistungsunternehmen seinen Mitarbeitern oder beauftragten Personen zur Verfügung stellt oder deren Nutzung das Wertpapierdienstleistungsunternehmen billigt oder gestattet. Telefongespräche und elektronische Kommunikation, die nach Absatz 3 Satz 1 aufzuzeichnen sind, dürfen über private Geräte oder private elektronische Kommunikation der Mitarbeiter nur geführt werden, wenn das Wertpapierdienstleistungsunternehmen diese mit Zustimmung der Mitarbeiter aufzeichnen oder nach Abschluss des Gesprächs auf einen eigenen Datenspeicher kopieren kann.

institut für finanzdienstleistungen e.V. (iff) | Vorstand: Udo Philipp, Prof. Dr. Ingrid Gröbl | Direktor: Dr. Dirk Ulbricht

(NEU!) Grindelallee 100	www.iff-hamburg.de	Hamburger Sparkasse	Postbank Hamburg
(NEU!) 20146 Hamburg	institut@iff-hamburg.de	IBAN DE62 2005 0550 1238 1229 21	IBAN DE23 2001 0020 0584 9552 00
Fon +49 (0)40 30 96 91-0	USt-IdNr. DE 118713543	BIC HASPDEHHXXX	BIC PBNKDEFF
Fax +49 (0)40 30 96 91-22	AG Hamburg VR 13836	Gläubiger-ID: DE39ZZZ00000988279	

(5) Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat Neu- und Altkunden sowie seine Mitarbeiter und beauftragten Personen vorab in geeigneter Weise über die Aufzeichnung von Telefongesprächen nach Absatz 3 Satz 1 zu informieren. Hat ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen seine Kunden nicht vorab über die Aufzeichnung der Telefongespräche oder der elektronischen Kommunikation informiert oder hat der Kunde einer Aufzeichnung widersprochen, darf das Wertpapierdienstleistungsunternehmen für den Kunden keine telefonisch oder mittels elektronischer Kommunikation veranlassten Wertpapierdienstleistungen erbringen, wenn sich diese auf die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen beziehen. Näheres regelt Artikel 76 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565.

(6) Erteilt der Kunde dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen seinen Auftrag im Rahmen eines persönlichen Gesprächs, hat das Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Erteilung des Auftrags mittels eines dauerhaften Datenträgers zu dokumentieren. Zu diesem Zweck dürfen auch schriftliche Protokolle oder Vermerke über den Inhalt des persönlichen Gesprächs angefertigt werden. Erteilt der Kunde seinen Auftrag auf andere Art und Weise, müssen solche Mitteilungen auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen. Näheres regelt Artikel 76 Absatz 9 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565.

(7) Der Kunde kann von dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen bis zur Löschung oder Vernichtung nach Absatz 8 jederzeit verlangen, dass ihm die Aufzeichnungen nach Absatz 3 Satz 1 und der Dokumentation nach Absatz 6 Satz 1 oder eine Kopie zur Verfügung gestellt werden.

(8) Die Aufzeichnungen nach den Absätzen 3 und 6 sind für fünf Jahre aufzubewahren, soweit sie für die dort genannten Zwecke erforderlich sind. Sie sind nach Ablauf der in Satz 1 genannten Frist zu löschen oder zu vernichten. Die Löschung oder Vernichtung ist zu dokumentieren. Erhält die Bundesanstalt vor Ablauf der in Satz 1 genannten Frist Kenntnis von Umständen, die eine über die in Satz 1 genannte Höchstfrist hinausgehende Speicherung der Aufzeichnung insbesondere zur Beweissicherung erfordern, kann die Bundesanstalt die in Satz 1 genannte Höchstfrist zur Speicherung der Aufzeichnung um zwei Jahre verlängern.

(9) Die nach den Absätzen 3 und 6 erstellten Aufzeichnungen sind gegen nachträgliche Verfälschung und unbefugte Verwendung zu sichern und dürfen nicht für andere Zwecke genutzt werden, insbesondere nicht zur Überwachung der Mitarbeiter durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Sie dürfen nur unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere zur Erfüllung eines Kundenauftrags, der Anforderung durch die Bundesanstalt oder eine andere Aufsichts- oder eine Strafverfolgungsbehörde und nur durch einen oder mehrere vom Wertpapierdienstleistungsunternehmen gesondert zu benennende Mitarbeiter ausgewertet werden.

(10) Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, nähere Bestimmungen zu den Aufzeichnungspflichten und zu der Geeignetheit von Datenträgern nach den Absätzen 1 bis 7 erlassen. Das Bundesministerium der Finanzen kann die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Bundesanstalt übertragen.

(11) Die Bundesanstalt veröffentlicht auf ihrer Internetseite ein Verzeichnis der Mindestaufzeichnungen, die die Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach diesem Gesetz in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach Absatz 11 vorzunehmen haben.

(12) Absatz 2 gilt nicht für Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge nach § 491 Absatz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die an die Vorbedingung geknüpft sind, dass dem Verbraucher eine

institut für finanzdienstleistungen e.V. (iff) | Vorstand: Udo Philipp, Prof. Dr. Ingrid Gröbl | Direktor: Dr. Dirk Ulbricht

(NEU!) Grindelallee 100	www.iff-hamburg.de	Hamburger Sparkasse	Postbank Hamburg
(NEU!) 20146 Hamburg	institut@iff-hamburg.de	IBAN DE62 2005 0550 1238 1229 21	IBAN DE23 2001 0020 0584 9552 00
Fon +49 (0)40 30 96 91-0	USt-IdNr. DE 118713543	BIC HASPDEHXXX	BIC PBNKDEFF
Fax +49 (0)40 30 96 91-22	AG Hamburg VR 13836	Gläubiger-ID: DE39ZZZ00000988279	

Wertpapierdienstleistung in Bezug auf gedeckte Schuldverschreibungen, die zur Besicherung der Finanzierung des Kredits begeben worden sind und denen dieselben Konditionen wie dem Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag zugrunde liegen, erbracht wird, und wenn damit das Darlehen ausgezahlt, refinanziert oder abgelöst werden kann.

C. Erläuterung

Hinsichtlich der im Aufzeichnungspflichten für Telefonate und elektronische Kommunikation spricht man vom sog. „Taping“, abgeleitet vom englischen to tape = aufzeichnen, auf Band aufnehmen.

Die Gesetzesbegründung zum 2. FiMaNoG führt hinsichtlich der Aufzeichnungspflichten aus, dass diese der Stärkung des Anlegerschutzes, der Verbesserung der Marktüberwachung und der Schaffung von Rechtssicherheit im Interesse von Wertpapierfirmen und ihren Kunden dienen. Die Aufzeichnungen sollen gewährleisten, dass die Bedingungen aller von den Kunden erteilten Aufträge und deren Übereinstimmung mit den ausgeführten Geschäften nachgewiesen werden können. Der § 83 WpHG soll damit dem Verbraucherschutz dienen.

§ 83 Abs. 3 WpHG regelt, dass Wertpapierdienstleistungsunternehmen bei Geschäften auf eigene Rechnung sowie bei Erbringung von Dienstleistungen, die sich auf Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen „beziehen“, die Inhalte der Telefongespräche und der elektronischen Kommunikation aufzeichnen müssen. Das erfasst im Kundengeschäft nicht nur die Kommunikation zwischen Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Kunden, sondern vielmehr auch sämtliche Kommunikation für Zwecke der Bearbeitung und Ausführung eines Kundenauftrages, beispielsweise interne Gespräche zwischen Kundenberater und Händler sowie zwischen Händler und externem Broker.

Die Aufzeichnungspflicht erstreckt sich gemäß § 83 Abs. 3 Satz 2 WpHG im Kundengeschäft nur auf diejenigen Teile der Kommunikation und Korrespondenz, in denen Risiken, Ertragschancen und die Ausgestaltung von Finanzinstrumenten oder Wertpapierdienstleistungen erörtert werden. Wichtig ist, dass die Aufzeichnungspflicht sowie die korrespondierende Aufbewahrungspflicht besteht auch dann besteht, wenn es nicht zum Abschluss eines Geschäftes kommt. Sofern ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ausschließlich Wertpapierdienstleistungen anbietet, besteht die Aufzeichnungspflicht ab dem Beginn des Gesprächs. Geht es neben Wertpapierdienstleistungen auch um andere Dienstleistungen, die nicht von MiFIF II erfasst werden, muss die Kommunikation zu letzteren nicht aufgezeichnet werden. Bei einem beratungsfreien Geschäft muss die Zusammenfassung des Geschäftsabschlusses sowie der Hinweis, dass die Order ohne Beratung erteilt wird, spätestens bei der Erteilung der Order – ggf. separat – aufgezeichnet werden.

Wenn der Kunde dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen einen Auftrag im Rahmen eines persönlichen Gesprächs erteilt, muss das Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Erteilung des Auftrags mittels eines dauerhaften Datenträgers dokumentieren, so beispielsweise schriftliche Protokolle oder Vermerke über den Inhalt des persönlichen Gesprächs. Dabei müssen die Protokolle oder Vermerke die folgenden Mindestanforderungen hinsichtlich des enthaltenen Inhalts erfüllen: Ort, Datum und Uhrzeit der Besprechung, persönliche Angaben der Anwesenden, Initiator der Besprechungen und wichtige Informationen über den Kundenauftrag, wie unter anderem Preis, Umfang, Auftragsart und Zeitpunkt der vorzunehmenden Weiterleitung beziehungsweise Ausführung.

institut für finanzdienstleistungen e.V. (iff) | Vorstand: Udo Philipp, Prof. Dr. Ingrid Gröbl | Direktor: Dr. Dirk Ulbricht

(NEU!) Grindelallee 100	www.iff-hamburg.de	Hamburger Sparkasse	Postbank Hamburg
(NEU!) 20146 Hamburg	institut@iff-hamburg.de	IBAN DE62 2005 0550 1238 1229 21	IBAN DE23 2001 0020 0584 9552 00
Fon +49 (0)40 30 96 91-0	USt-IdNr. DE 118713543	BIC HASPDEHHXXX	BIC PBNKDEFF
Fax +49 (0)40 30 96 91-22	AG Hamburg VR 13836	Gläubiger-ID: DE39ZZZ00000988279	

Von Seiten der Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind alle angemessenen Maßnahmen zu ergreifen, um die technische Aufzeichnung der einschlägigen Telefongespräche und der elektronischen Kommunikation zu ermöglichen. Aus diesem Grunde dürfen über private Geräte oder private elektronische Kommunikation der Mitarbeiter Gespräche nur geführt werden, sofern das Wertpapierdienstleistungsunternehmen diese mit Zustimmung der Mitarbeiter aufzeichnen oder nach Abschluss des Gesprächs auf einen eigenen Datenspeicher kopieren kann.

Die Kunden sind einmalig vor der ersten Aufzeichnung über diese zu informieren. Sofern der Kunde nicht über die Aufzeichnung informiert wurde oder der Aufzeichnung widerspricht, darf das Wertpapierdienstleistungsunternehmen keine Wertpapierdienstleistung erbringen. Ein wichtiges Recht des Kunden ist es, dass er jederzeit verlangen kann, dass ihm eine Kopie der Aufzeichnung zur Verfügung gestellt wird. Hier wäre es aus Gründen des Verbraucherschutzes begrüßenswert gewesen, wenn noch einen Schritt weiter gegangen und eine Zur-Verfügung-Stellung in jedem Fall auch ohne ausdrückliche Anforderung geregelt worden wäre.

Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss die Aufzeichnungen (auch zur Sicherstellung der Herausgabepflicht) fünf Jahre, auf Verlangen der BaFin sogar sieben Jahre aufbewahren, wobei die Frist mit der Erstellung der Aufzeichnung beginnt. Außerdem muss das Wertpapierdienstleistungsunternehmen technische Einrichtungen unterhalten, mit denen eine nachträgliche Verfälschung der Aufzeichnung und eine unbefugte Verwendung verhindert werden können.

Auch Finanzanlagenvermittler gemäß § 34f GewO unterliegen den Verpflichtungen zur Gesprächsaufzeichnung. § 34g Abs. 1 Satz 3 GewO verweist auch in seiner Neufassung auf den Abschnitt „Verhaltenspflichten, Organisationspflichten, Transparenzpflichten“ des WpHG, in dem sich ebenfalls § 83 WpHG findet. Gemäß § 34g Abs. 1 Satz 3 GewO ist hinsichtlich der Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten ein dem WpHG vergleichbares Anlegerschutzniveau herzustellen, sodass im Hinblick auf die im Zusammenhang mit dem Taping geregelten Aufbewahrungs- und insbesondere Herausgabepflichten ohne die Gesprächsaufzeichnung wohl kaum ein vergleichbares Schutzniveau realisiert werden kann.

D. Fazit

Die gesetzlichen Anforderungen des § 83 WpHG dürften zu einem erheblichen Implementierungsaufwand führen. Mit der Umsetzung sollte daher frühzeitig begonnen werden. Viele Wertpapierdienstleistungsunternehmen müssen zunächst technisch aufrüsten, damit Telefonate lückenlos mitgeschnitten und sonstige elektronische Kommunikation aufgezeichnet werden können. Zudem müssen technische und organisatorische Vorkehrungen getroffen werden, um die einzelnen Aufnahmen dem jeweiligen Kunden zuzuordnen. Hier empfiehlt sich die Errichtung eines auf allen Stufen abgestimmten, ganzheitlichen Systems. Es ist jedoch zu befürchten, dass viele Wertpapierdienstleistungsunternehmen die entsprechenden Vorkehrungen noch nicht getroffen haben und deswegen § 83 WpHG jedenfalls in der Anfangsphase vielfach nicht beachtet oder jedenfalls nicht korrekt beachtet wird. Es erscheint ebenfalls fraglich, ob die Mitarbeiter schon so geschult worden sind, dass die Beachtung der gesetzlichen Anforderungen tatsächlich erfolgen wird. Verstöße sind als Ordnungswidrigkeiten zu qualifizieren, die ein Bußgeld in Millionenhöhe nach sich ziehen können.

institut für finanzdienstleistungen e.V. (iff) | Vorstand: Udo Philipp, Prof. Dr. Ingrid Gröbl | Direktor: Dr. Dirk Ulbricht

(NEU!) Grindelallee 100	www.iff-hamburg.de	Hamburger Sparkasse	Postbank Hamburg
(NEU!) 20146 Hamburg	institut@iff-hamburg.de	IBAN DE62 2005 0550 1238 1229 21	IBAN DE23 2001 0020 0584 9552 00
Fon +49 (0)40 30 96 91-0	USt-IdNr. DE 118713543	BIC HASPDEHHXXX	BIC PBNKDEFF
Fax +49 (0)40 30 96 91-22	AG Hamburg VR 13836	Gläubiger-ID: DE39ZZZ00000988279	