

Aktuelles zur Prüfung nach § 24 Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV) – Prüfungssaison 2024

Änderungen der Finanzanlagenvermittlungsverordnung durch die Bürokratieentlastungsverordnung vom 11. Dezember 2024

ACHTUNG !
diese Neuerungen
gelten erst ab 2025 !!

Mit Artikel 9 der Verordnung zur Entlastung der Bürgerinnen und Bürger, der Wirtschaft sowie der Verwaltung von Bürokratie (BEV 2024) vom 11. Dezember 2024 traten zum 1. Januar 2025 folgende Änderungen der FinVermV in Kraft:

- In § 4 FinVermV (Gleichstellung anderer Berufsqualifikationen) Absatz 1 in dem Satzteil vor Nummer 1 wurden nach dem Wort „Vorläufer“ die Wörter „oder Nachfolger“ eingefügt und somit die Nachfolger der dort genannten Abschlussprüfungen mit der Sachkundeprüfung gleichgestellt.
- In § 16 FinVermV (Einholung von Informationen über den Anleger; Pflicht zur Empfehlung geeigneter Finanzanlagen) Absatz 3a Satz 1 Nummer 2 wurde die Angabe „10.000 Euro“ durch die Angabe „25.000 Euro“ ersetzt, so dass sich folgendes ergibt:
„Der Gewerbetreibende hat vor der Vermittlung des Vertragsschlusses über eine Vermögensanlage im Sinne des § 2a des Vermögensanlagengesetzes vom Anleger insoweit eine Selbstauskunft über dessen Vermögen oder dessen Einkommen einzuholen, wie dies erforderlich ist, um prüfen zu können, ob der Gesamtbetrag der Vermögensanlagen desselben Emittenten, die vom Anleger erworben werden, folgende Beträge nicht übersteigt:
1.) 10.000 Euro, sofern der jeweilige Anleger nach seiner Selbstauskunft über ein frei verfügbares Vermögen in Form von Bankguthaben und Finanzinstrumenten von mindestens 100.000 Euro verfügt, oder
2.) den zweifachen Betrag des durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommens des jeweiligen Anlegers, höchstens jedoch 25.000 Euro.“
- Nachfolgender § 21 FinVermV (Anzeigepflicht) wurde aufgehoben:
„Der Gewerbetreibende hat der für die Erlaubniserteilung nach § 34f Absatz 1 oder § 34h Absatz 1 der Gewerbeordnung zuständigen Behörde unverzüglich nach Satz 3 anzuzeigen, welche Personen jeweils mit der Leitung des Betriebs oder einer Zweigniederlassung beauftragt sind. Dies gilt bei juristischen Personen auch für die nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag jeweils zur Vertretung berufenen Personen. In der Anzeige ist für jede Person folgendes anzugeben:
1. der Name, der Geburtsname, sofern dieser vom Namen abweicht, sowie der Vorname,
2. die Staatsangehörigkeit oder Staatsangehörigkeiten,
3. der Geburtstag und -ort sowie
4. die Anschrift.“
Die Anzeigepflicht durch den Gewerbetreibenden mit einer Erlaubnis nach § 34f/34h GewO besteht nach § 7 GewO nach wie vor, allerdings erstreckt sich der Prüfungsumfang durch den Wirtschaftsprüfer/die Wirtschaftsprüferin nicht mehr auf diesen Punkt.

Thematisch zu den Vorjahren unverändert:

***Wichtige Informationen vor dem Hintergrund der Verordnung zur
Änderung der Finanzanlagenvermittlungsverordnung vom 17. April 2023***

Die Antwort auf die Frage, ob Finanzanlagenvermittler und -berater mit Erlaubnis nach Paragraph 34f GewO und Honorar-Finanzanlagenberater mit Erlaubnis nach Paragraph 34h GewO die Nachhaltigkeitspräferenzen ihrer Kunden erheben müssen.

Mit Veröffentlichung der Verordnung zur Änderung der Gewerbeanzeigerverordnung und der Finanzanlagenvermittlungsverordnung vom 17. April 2023 im Bundesgesetzblatt am 19. April 2023 erfolgte der dynamische Verweis auf die jeweils geltende Fassung der Delegierten Verordnung zur EU-Finanzmarktrichtlinie MiFID II.

Folgen für den Finanzanlagenvermittler/-berater

- Seit 20. April 2023 sind Sie als Finanzanlagenvermittler/-berater dazu verpflichtet, Ihre Anlagekunden danach zu fragen, welche ESG-Präferenzen sie im Depot berücksichtigt haben möchten.
- Die ESG-Präferenzen Ihrer Kunden müssen Sie im Rahmen ihrer Finanzanlageberatung/-vermittlung entsprechend umsetzen und dokumentieren.

Finanzaufsicht Bafin stellt klar: Finanzvermittler mit Zulassung nach Paragraph 34f Gewerbeordnung dürfen European Long-Term Investment Funds (ELTIFs) vertreiben

Seit dem 10. Januar 2024 sieht die reformierte Verordnung über ELTIFs Erleichterungen für die Auflage und den Vertrieb von ELTIFs vor.

Grundsätzlich dürfen alle Finanzanlagenvermittler ELTIFs vertreiben, je nach Zulassung gibt es allerdings Unterschiede.

Laut Website der Finanzaufsicht BaFin (FAQs, veröffentlicht am 1. Februar 2024) dürfen Finanzanlagenvermittler mit Erlaubnis nach Paragraph 34f, Absatz 1, Nummer 1 GewO offene ELTIFs vertreiben. Ist die Zulassung nach Absatz 1, Nummer 2 des Paragraphen erfolgt, können geschlossene Varianten vermittelt werden. Umfasst die Zulassung als Finanzanlagenvermittler Nummer 1 und 2, so können sie entsprechend offene und geschlossene ELTIF vertreiben.

Bei der Frage, wann ein europäischer Langfristfonds als offenes, wann als geschlossenes Investmentvermögen anzusehen ist, verweist die BaFin auf die bestehende Rechtslage, nach der ein Alternativer Investmentfonds (AIF) offen ist, wenn der Anleger seine Anteile vor Beginn der Liquidations- oder Auslaufphase zurückgeben kann. Alle anderen AIF sind geschlossen. Genau das gilt auch für ELTIFs.

Weiterbildungsverpflichtung für Finanzanlagenvermittler mit Erlaubnis nach Paragraph 34f GewO

Um einen hohen beruflichen Standard zu gewährleisten, plant das Bundeswirtschaftsministerium über die Retail Investment Strategy eine Verpflichtung zur regelmäßigen Weiterbildung und Schulung für Finanzanlagenvermittler mit Erlaubnis nach Paragraph 34f GewO einzuführen. Es wird in der MiFID eine Mindestanforderung für die berufliche Weiterbildung im Einklang mit den bestehenden Anforderungen der IDD eingeführt.

Vorgesehen ist hierbei, dass eine Mindeststundenanzahl an beruflicher Aus- und Weiterbildung pro Jahr (15 Std/Jahr) absolviert und durch eine Bescheinigung nachgewiesen werden muss.

Die Weiterbildungsverpflichtung wird voraussichtlich auf EU-Ebene in Q1 2025 verabschiedet und wäre dann auf nationaler Ebene spätestens im Frühjahr 2026 umzusetzen.

Aktuelles Thema bei den Erlaubnisbehörden:

Execution-Only Geschäft bei Alternative Investmentfonds (AIFs) wird kritisch gesehen

Grundlage der Einschätzung der Erlaubnisbehörden:

ESMA-Leitlinien zu Aspekten der MiFID-II Anforderungen an die Angemessenheit und das reine Ausführungsgeschäft (ESMA35-43-3006 v. 12. April 2022).

Die Leitlinien gelten in Bezug auf Artikel 25 Absätze 3 und 4 der MiFID II (Beurteilung der Eignung und Zweckmäßigkeit sowie Berichtspflicht gegenüber Kunden).

Nach aktueller Einschätzung vieler Erlaubnisbehörden werden Alternative Investmentfonds (AIFs) als komplexe Finanzinstrumente angesehen und können daher nicht im Zuge eines reinen Ausführungsgeschäfts, dem sogenannten „Execution-Only Geschäft“, ausgeführt werden. Daher kommt der Einschätzung sowie der Dokumentation des Grades der „Komplexität“ von Produkten eine besondere Bedeutung bei.

Ursprünglich (durch die letzte große Koalition) geplante Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagenvermittler auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Ehemalige Gesetzesvorlage im Bundestag

Nach dem Regierungsentwurf der vorangegangenen Bundesregierung (große Koalition) für ein „Gesetz zur Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagenvermittler und Honorar-Finanzanlagenberater auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)“ sollte eine Angleichung an die Aufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen erfolgen; dies sollte in einem wettbewerbsintensiven Markt eine einheitliche Aufsicht ermöglichen (BT-Drs. 19/18794 v. 27.4.2020; BR-Drs. 163/20 v. 3.4.2020). Finanzanlagenvermittler und Honorar-Finanzanlagenberater wären danach künftig zentral von der BaFin zu beaufsichtigen gewesen.

In dem im Frühjahr 2025 ausgehandelten Koalitionsvertrag der gegenwärtigen Bundesregierung (erneute große Koalition) ist eine geplante Übertragung der Aufsicht der Finanzanlagenvermittler auf die BaFin nicht mehr explizit genannt. Auf politischer Ebene sind aktuell auch keine derartigen Bestrebungen erkennbar.

Generelles zur Prüfung nach § 24 Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV)

Gemäß § 24 [**Prüfungspflicht**] der FinVermV [Stand: 11. Dezember 2024]¹ ist die Einhaltung der sich aus den §§ 11a bis 23 FinVermV ergebenden Verpflichtungen für jedes Kalenderjahr durch einen Wirtschaftsprüfer zu prüfen (d.h. alle nachfolgend angeführten Paragraphen sind durch den Wirtschaftsprüfer zu prüfen):

- § 11 Allgemeine Verhaltenspflicht
- § 11a Vermeidung, Regelung und Offenlegung von Interessenkonflikten, Vergütung
- § 12 Statusbezogene Informationspflichten
- § 12a Information des Anlegers über Vergütungen und Zuwendungen
- § 13 Information des Anlegers über Risiken, Kosten und Nebenkosten
- § 14 Redliche, eindeutige und nicht irreführende Informationen und Werbung
- § 15 Bereitstellung des Informationsblatts
- § 16 Einholung von Informationen über den Anleger; Pflicht zur Empfehlung geeigneter Finanzanlagen
- § 17 Offenlegung von Zuwendungen durch Gewerbetreibende nach § 34f der Gewerbeordnung
- § 17a Offenlegung und Auskehr von Zuwendungen durch Gewerbetreibende nach § 34h der Gewerbeordnung
- § 18 Anfertigung einer Geeignetheitserklärung
- § 18a Aufzeichnung telefonischer Vermittlungs- und Beratungsgespräche und sonstiger elektronischer Kommunikation
- § 19 Beschäftigte
- § 20 Unzulässigkeit der Annahme von Geldern und Anteilen von Anlegern
- § 21 (weggefallen)
- § 22 Aufzeichnungspflicht
- § 23 Aufbewahrung

Besondere Aufmerksamkeit verdient hier der § 16 in dem die Anlageberatung (§ 16 Abs. 1 und Abs. 3 FinVermV) als auch die Anlagenvermittlung (§ 16 Abs. 2 FinVermV) geregelt sind.

Generell regelt § 16 FinVermV, welche Informationen der Gewerbetreibende (Finanzanlagenvermittler/Finanzanlagenberater) über Kenntnisse und Erfahrungen des Anlegers mit Finanzanlagegeschäften einholen muss.

Während § 16 Abs. 1 FinVermV im Rahmen der Anlageberatung eine Geeignetheitsprüfung auf Grundlage der durch den Gewerbetreibenden einzuholenden Informationen vorsieht, reicht im Rahmen der Anlagevermittlung nach Abs. 2 eine Angemessenheitsprüfung. Die Vorschrift übernimmt die Regelungen des § 31 Abs. 4 bis 5 WpHG (altes Recht, d.h. vor Einführung MiFID II). In der Praxis wird der Gewerbetreibende zur Einholung der erforderlichen Informationen typischerweise einen Fragebogen verwenden.

¹ Rechtlich relevante Version der FinVermV zur Prüfung des GJ 2024

Dieser muss hinreichend viele Kategorien aufweisen, um realitätsnahe Ergebnisse zu erzielen. Zulässig ist es auch, Anleger in standardisierte Risikogruppen einzuteilen. Dabei wird nach Kenntnissen und Erfahrungen wie auch nach Anlagezielen und Fähigkeit zur Risikotragung differenziert. Wird zulässigerweise so verfahren, sind dem Kunden die Einordnungsmöglichkeiten offen zu legen, damit er die Einstufung mit seiner eigenen, letztlich entscheidenden Einschätzung in Einklang bringen kann. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift sind die Informationen vor der Anlageberatung einzuholen. Die Angaben müssen allerdings hinreichend aktuell sein, damit auf deren Grundlage eine Geeignetheitsprüfung vorgenommen werden kann. Möchte der Kunde in der Folgezeit weitere Geschäfte abschließen, müssen daher erneut die erforderlichen Informationen eingeholt werden. Ausreichend ist es aber auch, wenn dokumentiert wird, dass sich zu den bisher eingeholten Informationen keine Änderungen ergeben haben.

Geeignetheitsprüfung im Rahmen der Anlageberatung (§ 16 Abs. 1 in Verbindung mit § 16 Abs. 3 FinVermV)

Die im Rahmen der Anlageberatung einzuholenden Informationen beziehen sich auf

- Kenntnisse und Erfahrungen,
- Anlageziele und
- finanzielle Verhältnisse (einschließlich der Fähigkeit Verluste zu tragen)

des Anlegers. Eine Konkretisierung der erforderlichen Informationen gibt Abs. 3. Denn nach Abs. 1 Satz 3 darf der Gewerbetreibende im Rahmen der Anlageberatung nur solche Finanzanlagen empfehlen, die nach den eingeholten Angaben für den Anleger geeignet sind. Maßstab ist die Vertretbarkeit der Empfehlung der Finanzanlage zum Zeitpunkt der Empfehlung (ex-ante-Maßstab). Die Geeignetheitsprüfung setzt sich nach § 16 Abs. 1 Satz 2 aus drei Elementen zusammen

- Übereinstimmung mit den Anlagezielen des Kunden
- finanzielle Tragbarkeit der Anlagerisiken für den Kunden
- Verständnismöglichkeit der Anlagerisiken aufgrund der Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden.

Sofern der Kunde keine Angaben oder nur evident unvollständige oder falsche Angaben macht, darf der Gewerbetreibende dem Kunden keine Finanzanlagen im Rahmen seiner Anlageberatung empfehlen (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 4). Die Einholung der Angaben ist zu dokumentieren und gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 3 und § 23 aufzuzeichnen und aufzubewahren.

Angemessenheitsprüfung im Rahmen der Anlagevermittlung (§ 16 Abs. 2 FinVermV)

Wird keine Anlageberatung, sondern nur eine Vermittlung durchgeführt, beschränkt sich die Explorationspflicht auf die Kenntnisse und Erfahrungen in Bezug auf Geschäfte mit bestimmten Arten von Finanzanlagen. Informationen über Anlageziele und finanzielle Verhältnisse müssen nicht eingeholt werden. Statt einer Geeignetheitsprüfung ist lediglich eine Angemessenheitsprüfung durchzuführen. Geprüft wird nicht die Geeignetheit einer konkreten Finanzanlage, sondern nur ob der Kunde die Risiken, die aus der Art der Finanzanlage folgen, angemessen beurteilen kann. Kommt der Finanzanlagenvermittler zu dem Ergebnis, dass eine bestimmte Art der Finanzanlage für den Anleger nicht angemessen ist, oder erhält der Finanzanlagenvermittler nicht die für die Angemessenheitsprüfung erforderlichen Informationen von dem Anleger, muss er dem Anleger gegenüber einen entsprechenden Warnhinweis aussprechen. Eine Vermittlung darf in diesen Fällen gleichwohl stattfinden. Der Warnhinweis kann in standardisierter Form erfolgen und könnte etwa beispielsweise lauten:

„Ich weise darauf hin, dass Sie auf Grundlage der von Ihnen mitgeteilten Kenntnisse und Erfahrungen das beabsichtigte Geschäft nicht angemessen beurteilen können.“

„Ich weise darauf hin, dass mir keine ausreichenden Informationen vorliegen, um beurteilen zu können, ob Sie über ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen verfügen, um die Risiken des beabsichtigten Geschäfts angemessen beurteilen zu können.“

Die Einholung der Angaben nach Satz 1 und die Mitteilung der Informationen nach Satz 3 und 4 sind zu dokumentieren und gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 4 und § 23 aufzuzeichnen und aufzubewahren. Unter den Voraussetzungen des Abs. 5 ist eine Angemessenheitsprüfung nicht erforderlich.

Besonders zu berücksichtigen: Prüfung der Anlageschwellen bei Crowdfunding

Sofern Internetplattformen mit einer Erlaubnis nach § 34f GewO als gewerbliche Finanzanlagenvermittler tätig sind und Vermögensanlagen nach § 2a VermAnlG vertreiben, sind sie gemäß § 16 Absatz 3a FinVermV verpflichtet, die Einhaltung der Anlageschwellen zu prüfen. Der Gewerbetreibende muss dazu beim Anleger eine Selbstauskunft über sein Vermögen oder Einkommen einholen. Der Umfang der Selbstauskunft ist dabei auf das zur Prüfung der Einhaltung der Anlageschwellen Erforderliche beschränkt, so dass die genaue Gesamthöhe des Vermögens oder Monatseinkommens des jeweiligen Anlegers regelmäßig nicht erhoben werden muss. § 16 Absatz 3a FinVermV muss seit dem 7. Mai 2016 eingehalten werden.

§ 11a FinVermV – Interessenkonflikte

Der Gewerbetreibende hat Maßnahmen zu treffen durch die Interessenkonflikte erkannt bzw. vermieden werden. Insbesondere dürfen Mitarbeiter nicht in einer Weise vergütet werden, die sie dazu verleitet dem Anleger eine bestimmte Finanzanlage zu empfehlen, obwohl eine andere seinen Interessen und Bedürfnissen besser entsprechen würde. Lassen sich Interessenkonflikte dennoch vorab nicht vermeiden, ist durch zutreffende Maßnahmen zu verhindern, dass diese auf den Anleger durchschlagen und sind dem Anleger rechtzeitig vor Vertragsabschluss offen zu legen.

Resultieren Interessenkonflikte daraus, dass der Gewerbetreibende Anlageberatung oder -vermittlung auf Finanzanlagen nur eines oder weniger Emittenten beschränkt, gilt die Mitteilung über mögliche Interessenkonflikte als mit den statusbezogenen Informationen gem. § 12 Abs. 1 Nr. 4 FinVermV als erfüllt.

§ 13 FinVermV – Information des Anlegers über Risiken, Kosten und Nebenkosten

§ 13 FinVermV setzt die Vorgaben des Artikels 24 Absatz 4 und Artikel 25 Absatz 6 Unterabsatz 1 der MiFID II zu den Informationspflichten des Gewerbetreibenden gegenüber dem Anleger in Anlehnung an § 63 Absatz 7, Absatz 12 und Absatz 13 Nummer 5 des Wertpapierhandelsgesetzes um. Dazu gehört auch die in Absatz 2 geregelte aufgegliederte und mindestens jährlich dem Anleger zur Verfügung zu stellende Kosteninformation. Der Gewerbetreibende kann dazu nach Absatz 3 Satz 2 die ihm vom Emittenten oder dem depotverwaltenden Institut zur Verfügung gestellten Kosteninformationen verwenden. Dies gilt allerdings nicht für die Informationen über die Kosten, die bei dem Gewerbetreibenden anfallen. Über diese muss der Gewerbetreibende in jedem Fall eine eigenständige Information zur Verfügung stellen, da dem Emittenten oder depotverwaltenden Institut darüber keine Informationen vorliegen. Die Artikel 46, 47 Absatz 1, 48 und 50 bis 53 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission gelten hinsichtlich ihrer Regelungen zu Art, Inhalt, Gestaltung und Zeitpunkt der zur Verfügung zu stellenden Informationen entsprechend. Zur Auslegung der genannten Artikel der Delegierten Verordnung sind die jeweiligen Erwägungsgründe sowie die von der ESMA veröffentlichten Q&A (Fragen und Antworten) heranzuziehen.

Die Pflicht zur regelmäßigen, mindestens aber jährlichen Information des Anlegers nach Absatz 4 besteht nur, sofern im Laufe des Kalenderjahres eine laufende Geschäftsbeziehung zwischen dem Gewerbetreibenden besteht oder bestand. Dies ergibt sich aus Artikel 50 Absatz 9 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565.

§ 16 FinVermV – Einholung von Informationen über den Anleger; Pflicht zur Empfehlung geeigneter Finanzanlagen

Absatz 1 regelt die Geeignetheitsprüfung und wird in Anlehnung an § 64 Absatz 3 des Wertpapierhandelsgesetzes neu gefasst. Darüber hinaus wird in Satz 3 hinsichtlich der Geeignetheit auf die Artikel 54 und 55 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission Bezug genommen.

Zur Umsetzung des Artikels 16 Absatz 3 Unterabsatz 6 der MiFID II wird ein neuer Absatz 3b eingeführt, mit dem der Gewerbetreibende verpflichtet wird, den nach § 80 Absatz 9 des Wertpapierhandelsgesetzes vom Produktgeber bzw. Konzepteur bestimmten Zielmarkt zu berücksichtigen und mit dem jeweiligen Anleger abzugleichen. Der Gewerbetreibende muss sich dazu alle erforderlichen Informationen zum Zielmarkt des Produktgebers bzw. Konzepteurs beschaffen und die Merkmale der jeweiligen Finanzanlage sowie den Zielmarkt verstehen. Er muss die Vereinbarkeit der Finanzanlage mit den Bedürfnissen des Anlegers beurteilen und muss sicherstellen, dass er die Finanzanlage nur empfiehlt, wenn dies im Interesse des Anlegers ist. Dabei ist es grundsätzlich auch zulässig, wenn der Gewerbetreibende in begründeten Ausnahmefällen eine Anlage außerhalb des Zielmarktes vertreibt. Dies kann in begründeten Fällen unter dem Gesichtspunkt der Diversifizierung sogar im bestmöglichen Interesse des Anlegers sein.

§ 17 FinVermV – Offenlegung von Zuwendungen durch Gewerbetreibende nach § 34f der Gewerbeordnung

§ 17 FinVermV wird dahingehend konkretisiert, dass die Annahme und Gewährung von Zuwendungen nicht nur der ordnungsgemäßen Vermittlung und Beratung im Interesse des Anlegers nicht entgegenstehen darf, sondern sich darüber hinaus auch nicht nachteilig auf die Qualität der erbrachten Finanzdienstleistung auswirken darf. Darüber hinaus wird konkretisiert, dass eine Zuwendung nicht die Verpflichtung des Gewerbetreibenden beeinträchtigen darf, im bestmöglichen Interesse des Anlegers ehrlich, redlich und professionell zu handeln. Unter den genannten Voraussetzungen ist die Annahme von Zuwendungen auch weiterhin zulässig.

§ 18 FinVermV – Geeignetheitserklärung

Die Vorschrift übernimmt die Pflicht zur Anfertigung einer Geeignetheitserklärung. Die Pflicht zur Anfertigung einer Geeignetheitserklärung besteht auch dann, wenn es im Rahmen der erfolgten Beratung zu keinem Vertragsabschluss kommt. Die Geeignetheitserklärung ist nur bei der Anlageberatung auszufüllen, nicht im Fall der Anlagevermittlung (ohne dass zuvor eine Anlageberatung stattgefunden hat). Die Geeignetheitserklärung ist dem Anleger auf einem dauerhaften Datenträger vor Vertragsabschluss zur Verfügung zu stellen. § 18 Abs. 1 Satz 2 FinVermV i.V.m. Artikel 54 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 konkretisiert die Angaben, die die Geeignetheitserklärung enthalten muss. Die Pflicht zur Erstellung und Zurverfügungstellung der Geeignetheitserklärung gilt nicht gegenüber professionellen Kunden im Sinne des § 67 Absatz 2 des Wertpapierhandelsgesetzes und Privatkunden, die als professionelle Kunden im Sinne des § 67 Absatz 6 des Wertpapierhandelsgesetzes eingestuft werden. Dies entspricht der Regelung des § 64 Absatz 4 des Wertpapierhandelsgesetzes, nach der die Geeignetheitserklärung ebenfalls nur gegenüber Privatkunden zu erstellen ist.

Standardisierte Formulare sind zulässig, dürfen aber nicht nur aus Textbausteinen stehen, sondern müssen auch Freitextfelder vorsehen, um weitere Informationen etwa zur persönlichen Situation und den individuellen Anlagezielen des Anlegers aufnehmen zu können.

Nach Abs. 1 Satz 1 und 3 hat der Gewerbetreibende dem Anleger eine Kopie der Erklärung unverzüglich nach Abschluss der Beratung und noch vor der Vermittlung auszuhändigen. Wird für die Anlageberatung ein Fernkommunikationsmittel gewählt, welches die Übermittlung der Geeignetheitserklärung vor Vertragsabschluss nicht erlaubt, hat der Gewerbetreibende dem Anleger die Erklärung unverzüglich nach Abschluss zur Verfügung zu stellen. Eine nachträgliche Übermittlung der Erklärung darf allerdings nur erfolgen, sofern der Anleger dem zugestimmt hat und ihm der Gewerbetreibende angeboten hat den Vertragsabschluss aufzuschieben, damit eine rechtzeitige Übermittlung der Erklärung vorab erfolgen kann (Abs. 2).

Absatz 3 setzt Artikel 25 Absatz 6 Unterabsatz 4 der MiFID II um und orientiert sich an § 64 Absatz 8 des Wertpapierhandelsgesetzes. Die Verpflichtung, dem Anleger regelmäßige Geeignetheitsberichte zur Verfügung zu stellen, besteht jedoch nur in den Fällen, in denen der Gewerbetreibende dem Anleger eine regelmäßige Beurteilung der Geeignetheit der empfohlenen Finanzanlagen angeboten hat.

§ 18a FinVermV – Aufzeichnung telefonischer Vermittlungs- und Beratungsgespräche und sonstiger elektronischer Kommunikation

§ 18a dient der Umsetzung des Artikels 16 Absatz 7 der Richtlinie 2014/65/EU. Er orientiert sich an den Regelungen des § 83 des Wertpapierhandelsgesetzes zu den Aufzeichnungspflichten. Ziel der Pflicht zur Aufzeichnung von Telefongesprächen und sonstiger elektronischer Kommunikation ist die Stärkung des Anlegerschutzes, die Verbesserung der Marktüberwachung und die Schaffung von Rechtssicherheit im Interesse der Finanzanlagenvermittler und der Anleger. Die Aufzeichnung dient dem Zweck der Beweissicherung und soll insbesondere dokumentieren, ob der Anleger über die Chancen, Risiken und Eigenschaften einer empfohlenen Finanzanlage informiert wurde. Der Umfang der Aufzeichnung darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des in Satz 1 genannten Zwecks der Beweissicherung hinausgeht. Dies trägt den verfassungsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf die informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen Rechnung. Soweit die in Absatz 1 geregelten Vorgaben eingehalten werden, findet § 201 Absatz 1 des Strafgesetzbuchs keine Anwendung, da die Aufzeichnung der Kommunikation nicht „unbefugt“ im Sinne des § 201 Absatz 1 des Strafgesetzbuchs erfolgt.

Aufzeichnungspflichtig sind nach Absatz 1 Telefongespräche und sonstiger elektronischer Kommunikation, sobald sie sich auf die Vermittlung von oder die Beratung zu Finanzanlagen im Sinne des § 34f Absatz 1 Satz 1 der Gewerbeordnung beziehen. Der Aufzeichnungspflicht unterliegen hingegen nicht telefonische Terminabsprachen, Anbahnungsgespräche und Gespräche, die nicht die Beratung zu oder Vermittlung von einzelnen oder mehreren konkreten Finanzanlagen zum Inhalt haben. Telefongespräche und elektronische Kommunikation, die sich auf Versicherungsprodukte oder Darlehen beziehen, fallen daher nicht unter die Aufzeichnungspflicht. Soweit Internet-Dienstleistungsplattformen keine Anlageberatung oder Anlagevermittlung durch Telefon oder sonstige elektronische Korrespondenz erbringen und diese als rein digitale Prozesse ablaufen, unterfallen diese nicht der Aufzeichnungspflicht nach § 18a, wohl aber der allgemeinen Aufzeichnungspflicht nach § 22.

Sofern der Gewerbetreibende sowohl als Finanzanlagenvermittler nach § 34f bzw. als Honorar-Finanzanlagenberater nach § 34h der Gewerbeordnung als auch als Versicherungsvermittler nach § 34d und/oder Immobiliendarlehensvermittler nach § 34i der Gewerbeordnung tätig ist, kann ein Gespräch in seinem Verlauf von der aufzeichnungspflichtigen Finanzanlagenvermittlung auf die nicht aufzeichnungspflichtige Versicherungsvermittlung oder Immobiliendarlehensvermittlung übergehen. Ein genauer Zeitpunkt, ab dem oder bis zu dem eine Aufzeichnung des Telefongesprächs vorzunehmen ist, lässt sich daher nicht in jedem Fall genau bestimmen. Denn nicht immer ist im Vorhinein absehbar, ob der Anleger in einem Telefongespräch, das zunächst Finanzanlagen zum Inhalt hat, zu einem späteren Zeitpunkt von sich aus z. B. Versicherungsprodukte ansprechen wird. Genauso gut kann im Verlauf eines Telefongesprächs der Gewerbetreibende zu dem Ergebnis kommen, dass z. B. ein Versicherungsprodukt die Bedürfnisse des Kunden besser erfüllt als eine Finanzanlage, das zunächst aufzeichnungspflichtige Gespräch kann sich somit zu einem nicht aufzeichnungspflichtigen Gespräch entwickeln. Nach Absatz 2 ist der Gewerbetreibende verpflichtet, angemessene technische und elektronische Maßnahmen zu ergreifen, um die Aufzeichnung von einschlägigen Telefongesprächen und elektronischer Kommunikation zu ermöglichen. Dies gilt sowohl für die vom Gewerbetreibenden zur Verfügung gestellten dienstlichen technischen Geräte, z. B. Smartphone, Festnetztelefon oder Laptop, wie auch für die genutzten privaten technischen Geräte des Gewerbetreibenden und seiner Angestellten.

Der Gewerbetreibende ist nach Absatz 3 verpflichtet, die Anleger über die Aufzeichnung von Telefongesprächen und elektronischer Kommunikation vorab zu informieren. In gleicher Weise müssen die Beschäftigten des Gewerbetreibenden vorab über die Aufzeichnungspflicht informiert werden. Dabei ist es ausreichend, wenn der Gewerbetreibende die Information einmalig vor einem aufzeichnungspflichtigen Telefongespräch oder elektronischer Kommunikation informiert, eine wiederholte Information über die Aufzeichnungspflicht ist nicht erforderlich. Sofern die Vorabinformation über die Aufzeichnung nicht erfolgt ist oder der Anleger der Aufzeichnung widersprochen hat, darf der Gewerbetreibende keine telefonische oder mittels sonstiger elektronischer Kommunikation durchgeführte Anlageberatung oder Anlagevermittlung durchführen.

Absatz 4 setzt Artikel 16 Absatz 7 Unterabsatz 7 der MiFID II um und regelt die Aufzeichnungspflicht im Rahmen persönlicher Gespräche zwischen dem Gewerbetreibenden bzw. seinen Beschäftigten und dem Anleger. Die Regelung orientiert sich an § 83 Absatz 6 des Wertpapierhandelsgesetzes.

Nach Absatz 5 ist der Gewerbetreibende verpflichtet, technische Vorkehrungen zu treffen, die die Aufzeichnungen gegen nachträgliche Verfälschung und unbefugte Verwendung sichern. Zudem wird klargestellt, dass die Aufzeichnungen nur zu dem in Absatz 1 Satz 1 genannten Zweck der Beweissicherung dienen und nicht zu anderen Zwecken genutzt werden dürfen. Insbesondere darf der Gewerbetreibende die Aufzeichnungen nicht zum Zweck der Überwachung seiner Beschäftigten nutzen. Eine Auswertung der Aufzeichnungen darf nur durch den Gewerbetreibenden selbst oder gesondert zu benennende Beschäftigte des Gewerbetreibenden und durch die für die Überwachung des Gewerbetreibenden zuständige Behörde, deren Beauftragte oder eine Strafverfolgungsbehörde erfolgen. Der Gewerbetreibende darf die von ihm angefertigten Aufzeichnungen im Schadenfall verwenden und auswerten und zum Beispiel an seine Berufshaftpflichtversicherung weiterleiten.

In Absatz 6 wird in Umsetzung des Artikels 16 Absatz 7 Unterabsatz 9 der MiFID II das Recht des Anlegers geregelt, dass der Gewerbetreibende ihm jederzeit auf Verlangen eine Kopie der ihn betreffenden Aufzeichnungen zur Verfügung stellen muss. Darüber hinaus regelt Absatz 5, dass die Aufzeichnungen nach Ablauf der zehnjährigen Aufbewahrungspflicht nach § 23 zu löschen bzw. zu vernichten sind und die Löschung bzw. Vernichtung zu dokumentieren ist.

Absatz 7 erklärt Artikel 76 Absatz 1, 3 bis 11 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission für entsprechend anwendbar, der die Anforderungen an die Aufzeichnung von Telefongesprächen und sonstige elektronischer Kommunikation konkretisiert.

§ 22 FinVermV – Aufzeichnungspflicht

Nach § 22 FinVermV muss der Gewerbetreibende (Finanzanlagenvermittler/Finanzanlagenberater) auch über die Anlagenvermittlung gemäß § 16 Abs. 2 FinVermV (sogenannter Angemessenheitstest bei Anlagenvermittlung) entsprechende Dokumentation führen.

Aufzeichnungen über die in § 22 Absatz 2 FinVermV genannten Tatbestände sind zu machen und Unterlagen und Belege zu sammeln. **Diese Aufzeichnungen sind Grundlage der Prüfung nach § 24 FinVermV** und dienen der Überwachung des Gewerbetreibenden durch die Erlaubnisbehörde, insbesondere der Feststellung, ob der Gewerbetreibende die bußgeldbewehrten Verhaltenspflichten einhält sowie der Beurteilung, ob er noch zuverlässig ist. Aus den Aufzeichnungen, den gesammelten Unterlagen und Belegen soll hervorgehen, ob der Gewerbetreibende seine Geschäfte ordnungsgemäß ausgeführt und abgeschlossen hat. Die aufzeichnungspflichtigen Tatbestände sind in § 22 Abs. 2 FinVermV geregelt.

§ 23 FinVermV – Aufbewahrung

In § 23 FinVermV wird die Pflicht des Gewerbetreibenden, Unterlagen und Aufzeichnungen auf einem dauerhaften Datenträger aufzubewahren, auf die Aufzeichnungen von Telefongesprächen und elektronischer Kommunikation nach § 18a erstreckt. Die fünfjährige Aufbewahrungsfrist wurde zum 1. August 2020 auf zehn Jahre ausgeweitet. Grund für die Ausweitung der Aufbewahrungsfrist ist, dass Finanzanlagen oftmals eine längere Laufzeit als fünf Jahre haben. So können Anteile an geschlossenen Investmentfonds häufig in den ersten fünf bis zehn Jahren nicht veräußert werden. Die Unterlagen sind so aufzubewahren, dass sie von den Geschäftsräumen aus zugänglich sind. Dies kann zum Beispiel durch die physische Aufbewahrung der Unterlagen in den Geschäftsräumen selbst erfolgen, aber auch durch eine Aufbewahrung von elektronischen Kundenakten auf externen Servern, soweit diese von den Geschäftsräumen aus zugänglich sind.

In der Praxis wird für die Anlagenvermittlung oft eine „abgeschwächte“ Geeignetheitserklärung (vormals Beratungsprotokoll) verwendet, da der Gewerbetreibende nicht alle Informationen vom Kunden (Anleger) erhält, um diesen Geeignetheitstest für die Beratung vorzunehmen und sich somit in der Vermittlung oder im Extremfall sogar in dem „Execution-Only“ befindet.

Abgrenzung zwischen Anlageberatung und Anlagevermittlung nach der Rechtsprechung (vgl. BGH NJW 1982 1095, 1096):

- Der **Anlageberater** wird **im Interesse des Kapitalanlegers** tätig. Seine Aufgaben sind die Erläuterung der Wesensmerkmale und Risiken der Finanzanlage, die fachkundige Bewertung der Finanzanlage und die Abgabe einer Anlageempfehlung unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Kunden.
- Der **Anlagevermittler** wird **im Interesse des Kapitalsuchenden** tätig. Er schuldet nur die Mitteilung der Wesensmerkmale und Risiken, die für den Anlageentschluss des Kunden bedeutsam sind.

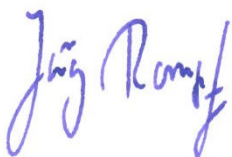
Differenzierung wie im Versicherungsrecht: Makler ./ . Vertreter

Abgrenzung zwischen Anlageberatung und Anlagevermittlung nach der FinVermV (§ 16 I und II)

- Im Rahmen der **Anlageberatung** schuldet der Gewerbetreibende die Empfehlung einer **geeigneten** Finanzanlage.
- Im Rahmen der **Anlagevermittlung** hat der Gewerbetreibende lediglich die **Angemessenheit** der Finanzanlage zu prüfen.
- **In beiden Fällen** erfolgt die Tätigkeit aber **im Kundeninteresse** und **unter Berücksichtigung bestimmter Kundenmerkmale**.

Angaben Anlageberatung Anlagevermittlung

Angaben	Anlageberatung	Anlagevermittlung
fehlen	✓ Empfehlung verboten, § 16 I 4 ✓ Vermittlung nach Hinweis erlaubt, § 16 II 4	✓ Vermittlung nach Hinweis erlaubt, § 16 II 4
sind falsch	<i>nicht erkennbar:</i> ✓ Empfehlung/Vermittlung erlaubt, § 16 IV 1 HS 1 <i>erkennbar:</i> ✓ Empfehlung verboten, § 16 I 4 ✓ Vermittlung nach Hinweis erlaubt, § 16 II 4	<i>nicht erkennbar:</i> ✓ Vermittlung ohne Hinweis erlaubt, § 16 IV 1 HS 1 <i>erkennbar:</i> Vermittlung nach Hinweis erlaubt, § 16 II 4



Jörg Thomas Rompf
 Wirtschaftsprüfer