

Bundesministerium der Finanzen
Referat VII B 5


per Email:


VIIIB5@bmf.bund.de

28. Oktober 2016

**Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Novellierung von
Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites
Finanzmarktnovellierungsgesetz, 2. FiMaNoG)**

Stellungnahme des Verbandes der Auslandsbanken e.V.


sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Zusendung des Referentenentwurfs des Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes (2. FiMaNoG). Die damit verbundene Gelegenheit zur Stellungnahme nehmen wir nachfolgend gerne wahr.

Der Entwurf dient in großen Teilen der Umsetzung europäischer Richtlinien und Verordnungen. Wir begrüßen den dabei verfolgten Ansatz, sich möglichst nah an den Inhalten dieser Vorgaben aus dem europäischen Recht zu orientieren. Es ist erfreulich, dass auf diese Weise nach dem „Single Rule Book“, das im Bereich der Bankenaufsicht angestrebt wird, auch ein einheitlicher Rechtsrahmen für den Wertpapierhandel als Ziel verfolgt wird.

Dabei gehen wir selbstverständlich davon aus, dass der deutsche Gesetzgeber die Anwendung von Verwaltungspraktiken, die durch die ESMA herausgebildet und abgestimmt werden (sog. Level 3-Vorschriften), nicht durch eine einseitige Überinterpretation der Richtlinien- und Verordnungstexte behindert oder die Übernahme solcher europäisch konsensfähigen Auslegungen durch die BaFin erschwert werden. Vielmehr sollte insbesondere im Zusammenhang mit den sog. Product Governance-

Wolfgang Vahldiek

Verband der Auslandsbanken
Weißfrauenstraße 12-16
60311 Frankfurt am Main
Tel: +49 69 975850 0
Fax: +49 69 975850 10
wolfgang.vahldiek@vab.de
www.vab.de

Interessenvertretung
ausländischer Banken,
Kapitalverwaltungsgesellschaften,
Finanzdienstleistungsinstitute
und Repräsentanzen

Eingetragen im Transparenzregister
der Europäischen Kommission,
Registrierungsnummer:
95840804-38

Vorschriften die Entwicklung einer einheitlichen europäischen Aufsichtspraxis aktiv gefördert werden.

Bei den Regelungen zum Produktinformationsblatt (PIB) wird das sog. „Goldplating“ laut Gesetzentwurf weiterhin aufrechterhalten. Hier soll auch weiterhin für nichtstrukturierte Finanzinstrumente, namentlich Aktien und einfache Staats- oder Unternehmensanleihen, im Rahmen der Anlageberatung ein Informationsblatt ausgehändigt werden. Dies ist kontraproduktiv für die Anleger. Denn durch eine Verteuerung der Beratung in solchen ohnehin schon niedrigmargigen Produkten finden, so hat das Deutsche Aktieninstitut überzeugend nachgewiesen, Ausweichreaktionen statt, die das Angebot der Beratung künstlich verknappten. Wir können nur nochmals darauf hinweisen, dass der europäische Gesetzgeber nach langer und intensiver Debatte die Ausweitung der PRIIPs-Verordnung auf solche Finanzinstrumente ausdrücklich verworfen hat. Da sich das PIB für Aktien und nichtstrukturierte Anleihen in der Praxis nicht bewährt hat, böte das 2. FiMaNoG nun die Gelegenheit, diese Regulierung aufzuheben.

Dagegen begrüßen wir, dass der Entwurf eine gesetzliche Bestätigung der bisherigen behördlichen Verwaltungspraxis für grenzüberschreitend betriebene Bankgeschäfte und grenzüberschreitend erbrachte Finanzdienstleistungen enthält. Eine solche gesetzgeberische Befassung und Klärung empfehlen wir bereits seit einigen Jahren. Die im Entwurf angelegte Kontinuität des Verwaltungshandelns ist dabei im Sinne aller Betroffenen. Idealerweise sollten dadurch auch bereits existierende Freistellungsbescheide, die auf Basis des bisherigen § 2 Abs. 4 KWG erteilt wurden, weiterhin Bestand haben.

Unsere Anmerkungen zu einzelnen Punkten des Gesetzentwurfs haben wir in der Anlage zu diesem Schreiben für Sie aufbereitet. Wir hoffen, dass sie zur Unterstützung Ihrer weiteren Arbeit an dem Entwurf hilfreich sind.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Wagner

Wolfgang Vahldiek

Anlage zum Schreiben vom 28. Oktober 2016

Petiten zum Referentenentwurf des 2. FiMaNoG

Petition zu Art. 2 Nr. 3 j) (§ 2 Abs. 10 WpHG-E)

Der neue § 2 Abs. 10 Satz 2 WpHG-E sollte wie folgt formuliert werden:

„Unterhält ein Unternehmen mit Sitz im Ausland, ~~das Wertpapierdienstleistungen erbringt~~, eine Zweigstelle im Inland, die Wertpapierdienstleistungen erbringt und nicht unter § 53b des Kreditwesengesetzes fällt, gilt die Zweigstelle selbst als Wertpapierdienstleistungsunternehmen.“

Begründung:

Die bisherige Entwurfsfassung ist sachlich nicht korrekt, wie auch ein Quervergleich mit § 53 Abs. 1 Satz 1 KWG zeigt: Für die Frage, ob eine Zweigstelle als Wertpapierdienstleistungsunternehmen angesehen wird, muss es auf die Tätigkeit der Zweigstelle ankommen, nicht jedoch auf die Tätigkeiten der Hauptniederlassung im Ausland.

In der Praxis ist folgendes Beispiel durchaus häufig anzutreffen: Gründet eine Universalbank im Ausland, die dort Wertpapierdienstleistungen erbringt, eine Zweigstelle im Inland, die aber lediglich das Einlagen- und das Kreditgeschäft betreibt, dann wäre diese Zweigstelle richtigerweise ein Kreditinstitut gem. § 53 Abs. 1 Satz 1 KWG, nicht jedoch auch ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen.

Würde nicht anhand der tatsächlich von der Zweigstelle selbst betriebenen Geschäfte differenziert, dann würde dies zur Anwendung von Organisationsvorschriften des WpHG führen, denen jedoch gar kein entsprechender Geschäftsgegenstand zugrunde läge.

Daher sollte sich der Wortlaut des § 2 Abs. 10 Satz 2 WpHG-E spiegelbildlich an § 53 Abs. 1 Satz 1 KWG orientieren, um Missverständlichkeiten vorzubeugen.

Petition zu Art. 2 Nr. 56 (§ 55 Abs. 9 WpHG-E)

Die einleitenden Sätze in § 55 Abs. 9 WpHG-E sollten wie folgt formuliert werden:

„**Unbeschadet der Verordnung (EU) Nr. 1284/2014 ist im** ~~im~~ Falle einer Anlageberatung ~~ist~~ einem Privatkunden rechtzeitig vor dem Abschluss eines Geschäftes über Finanzinstrumente, ~~für die kein Basisinformationsblatt nach der Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 erstellt werden muss,~~ ein kurzes und leicht verständliches Informationsblatt über jedes Finanzinstrument, **auf das sich eine Kaufempfehlung bezieht, wie folgt zur Verfügung zu stellen:** ~~Die Angaben in den Informationsblättern nach Satz 1 dürfen werden unrichtig noch irreführend sein und müssen mit den Angaben des Prospekts vereinbar sein. An die Stelle des Informationsblattes treten~~
1. [...]“

Begründung:

Das Erfordernis, für einfache Finanzinstrumente wie Aktien oder nicht strukturierte Staats- bzw. Unternehmensanleihen ein Informationsblatt zur Verfügung zu stellen, hat sich weder in der Praxis bewährt noch ist es europaweit mehrheitsfähig.

Denn durch eine Verteuerung und unnötige Verkomplizierung der Beratung in solchen ohnehin schon niedrig-margigen Produkten finden Ausweichreaktionen statt, die das Angebot der Beratung zu Lasten insbesondere der Privatanleger künstlich verknappt. Wir können nur nochmals darauf hinweisen, dass der europäische Gesetzgeber nach langer und intensiver Debatte die Ausweitung der PRIIPs-Verordnung auf solche Finanzinstrumente ausdrücklich verworfen hat. Das 2. FiMaNoG bietet nun die Gelegenheit, diese Regulierung aufzuheben und sich an den europäischen Standards zu orientieren.

Petition zu Art. 2 Nr. 70 Buchstabe h) bis k) (§ 69 Abs. 9-12 WpHG-E)

In die Gesetzesbegründung sollte an geeigneter Stelle, vorzugsweise in der Begründung zu § 69 Abs. 9 WpHG-E, folgender Satz aufgenommen werden:

„Die Pflichten von Konzepturen und Vertreibern von Finanzinstrumenten sind von der BaFin in ihrer Verwaltungspraxis so zu konkretisieren, dass sie sich dabei im Rahmen der europaweit einheitlichen Vorgaben der ESMA bewegt, wie sie in deren Guidelines an Unternehmen und Aufsichtsbehörden zum Ausdruck kommen.“

Begründung:

Die Vorgaben an Konzepture und Vertreter von Finanzinstrumenten sind in höchstem Maße relevant für das Funktionieren eines Binnenmarkts. Denn dies setzt denknotwendig voraus, dass Finanzinstrumente, die in einem Mitgliedstaat konzipiert werden, von Anlegern in anderen Mitgliedstaaten erworben werden können, ohne dass Konzepture und Vertreter dabei mit Anforderungen konfrontiert werden, die es für sie nicht realisierbar machen, den Anlegern den Zugang zu diesem Finanzinstrumenten noch zu gewähren.

Unterschiedliche Auslegungen von Product Governance-Anforderungen in den Mitgliedstaaten der EU würden deshalb zu einem Stopp jeglichen grenzüberschreitenden Erwerbs bzw. Angebots von Finanzinstrumenten führen, was sämtliche im Projekt der sog. Kapitalmarktunion zusammengefassten Vorhaben der EU-Kommission konterkarieren würde.

Für das Funktionieren des Binnenmarkts ist außerdem das Aufrechterhalten von offenen Vertriebsarchitekturen zwingend notwendig. Das bedeutet, gerade im Bereich der Bedienung von sog. Selbstentscheidern im beratungsfreien Geschäft oder im reinen Ausführungsgeschäft, dass an die Zusammenarbeit zwischen Konzepturen und Vertreibern bei der Zielmarktbestimmung und ihrer Umsetzung keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen. Ansonsten würden gerade Selbstentscheider, die naturgemäß wesentlich weniger Informationen von sich preisgeben und auf geringe Ausführungskosten achten, nicht mehr bedient werden können.

Nicht zuletzt aufgrund dieser Tatsachen hat die ESMA eine Konsultation zu MiFID II Product Governance Guidelines veröffentlicht. Die daraus resultierenden Guidelines sollten von deutscher Seite aus respektiert werden.

Wir halten dies für so essentiell, dass ein Hinweis in der Gesetzesbegründung angezeigt wäre.

Petition zu Art. 2 Nr. 75 b) (§ 73 Abs. 1 WpHG-E)

§ 73 Abs. 1 WpHG-E sollte wie folgt formuliert werden:

„Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das Finanzinstrumente ~~oder Gelder~~ hält, die Kunden gehören, hat geeignete Vorkehrungen zu treffen, um die Rechte der Kunden an diesen Finanzinstrumenten ~~und Geldern~~ zu schützen. Dies gilt insbesondere für den Fall der Insolvenz des Wertpapierdienstleistungsunternehmens. Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat durch geeignete Vorkehrungen zu verhindern, dass die Finanzinstrumente ~~und, sofern es nicht über eine Erlaubnis für das Einlagengeschäft nach § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 des Kreditwesengesetzes verfügt, die Gelder~~ eines Kunden ohne dessen ausdrückliche Zustimmung für eigene Rechnung verwendet werden. **Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das Gelder hält, die Kunden gehören, hat geeignete Vorkehrungen zu treffen, um die Rechte der Kunden an diesen Geldern zu schützen. Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das nicht über eine Erlaubnis für das Einlagengeschäft nach § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 des Kreditwesengesetzes verfügt, hat durch geeignete Vorkehrungen zu verhindern, dass die Gelder eines Kunden ohne dessen ausdrückliche Zustimmung für eigene Rechnung verwendet werden.**“

Begründung:

Mit dem neuen § 73 Abs. 1 WpHG-E sollen Art. 16 Abs. 8 und 9 MiFID II umgesetzt werden. Die bisherige Entwurfsfassung ist jedoch sprachlich missglückt.

Die MiFID II sieht an der zitierten Stelle besondere Vorkehrungen für den Fall der Insolvenz ausdrücklich nur mit Blick auf Rechte an Finanzinstrumenten vor. Gemeint sind hier die

Eigentumsrechte, die durch Vorkehrungen zur Kennzeichnung von Beständen zur Aussonderung aus der Insolvenzmasse berechtigen.

Dagegen gibt es solche Vorkehrungen bei Geldern nicht. Denn wenn ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen zur Entgegennahme von Geldern befugt ist, sieht die Rechtsordnung vor, dass der Rückzahlungsanspruch grundsätzlich in die Insolvenzmasse fällt. Dafür müssen diese Unternehmen als Ausgleich für die erhöhten Risiken entsprechend mehr Eigenmittel vorhalten (s. § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KWG); des Weiteren steht den Anlegern im Insolvenzfall die Einlagensicherung bzw. die Anlegerentschädigung zur Verfügung. Zu zusätzlichen organisatorischen Maßnahmen, etwa der Anlage der Gelder auf einem im Namen des Anlegers geführten Konto bei einem dritten Institut, sollen solche Wertpapierdienstleistungsunternehmen von der Ratio des Gesetzes her gerade nicht verpflichtet sein.

Um diese Weichenstellungen nicht auszuhebeln, bedarf es bei der Umsetzung von Art. 16 Abs. 8 und 9 MiFID II der sprachlich genauen Trennung zwischen dem Pflichtenkreis beim Halten von Finanzinstrumenten einerseits und beim Halten von Geldern andererseits.

Petition zu Art. 4 Nr. 15 (§ 33 Abs. 1 KWG-E)

An geeigneter Stelle sollte eine Vorschrift zum Anfangskapital von OTF eingefügt werden.

Begründung:

Eine solche Vorschrift fehlt bislang im Gesetzentwurf.

Petition zu Art. 4 Nr. 21 (§ 53c Abs. 2 Satz 2 KWG-E)

§ 53 Abs. 2 Satz 2 KWG-E sollte wie folgt formuliert werden:

„In diesem Fall ist § 53b **Absatz 1 und 3** entsprechend anzuwenden.“

Begründung:

Unseres Erachtens nach sind § 53b Abs. 2, 2a und 4-11 KWG bei der in § 53 Abs. 2 KWG-E zugrunde liegenden Konstellation der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung eines Unternehmens mit Sitz in einem Drittstaat weder einschlägig noch können sie angewendet werden, ohne dass dies sich aus dem Wortlaut jedoch zweifelsfrei ergäbe:

- Absätze 2 und 2a betreffen das Notifizierungsverfahren bei Instituten mit Sitz innerhalb des EWR.
- Absätze 4 bis 6 behandeln die Zuständigkeiten der Behörden von Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaat, aber wiederum nur innerhalb des EWR für dort ansässige Unternehmen.
- Absatz 7 betrifft den EU-Pass für Tochterinstitute.
- Absätze 8 und 9 betreffen die Bestimmung von bedeutenden Zweigniederlassungen, wiederum mit Herkunftsstaat im EWR.
- Absatz 10 betrifft die Bestimmung von Eigenmitteln bei Tochterinstituten von EU-Mutterinstituten.
- Absatz 11 betrifft die Prüfung nach § 44 KWG von Zweigniederlassungen.

Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte sich daher der Querverweis in § 53 Abs. 2 Satz 2 KWG-E auf die im Formulierungsvorschlag zitierten Teile beschränken.

Redaktionelle Hinweise:

§ 55 Abs. 13 Satz 1 WpHG-E:

„Bei der Empfehlung von Geschäftsabschlüssen, die auf einer Honorar-Anlageberatung beruhen, in Finanzinstrumenten, ~~die auf einer Honorar-Anlageberatung beruhen~~, deren Anbieter oder Emittent das Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst ist, [...]“

§ 60 Abs. 9 Nr. 3 WpHG-E:

„Art, Inhalt, Verfahren betreffend eine Analysegebühr und ein ~~Analysebudgets~~ Analysebudget nach Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 Buchstabe a und b,“