

# Die neue FinVermV: Fakten, Folgen & Fragen

## Folge 2: Aufzeichnungspflichten

Dr. Martin Andreas Duncker, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Denise Primus, Rechtsanwältin

Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater, Heidelberg

SCHLATTER Informationen für Finanzdienstleister und Versicherungsvermittler vom 06.12.2018

Seit dem 13.11.2018 liegt er vor: Der lange erwartete Referentenentwurf zur Finanzanlagenvermittlungsverordnung. Diese Verordnung steckt ergänzend zur Gewerbeordnung den rechtlichen Rahmen für die Berufszulassung und die Berufsausübung freier Finanzanlagenvermittler nach § 34f Gewerbeordnung ab. Der Entwurf setzt die EU-Vorschriften der Finanzmarkttrichtlinie MiFID II nun auch für Finanzanlagenvermittler um. Die Branche wird sich rasch mit diesen Vorgaben vertraut machen müssen. Diese betreffen neben Neuregelungen zur Berufszulassung gerade auch die tägliche Vermittlungsarbeit für den Kunden. In unserem Newsletter zeigen wir die wichtigsten Änderungen der „FinVermV-neu“ auf. In dieser Ausgabe: die neuen Aufzeichnungspflichten.

### *Aufzeichnungspflicht telefonischer und elektronischer Kommunikation*

Viel wurde über Sie im Vorfeld gestritten (vgl. etwa unseren [Newsletter vom 22.11.2017](#); unser [Beitrag in „kmi“ vom 15.12.2017, Beilage 50/17](#)), jetzt steht sie in § 18a des Referentenentwurfs: Die Regelungen zur „*Aufzeichnung telefonischer Vermittlung- und Beratungsgespräche und elektronischer Kommunikation*“. Die Einführung einer solchen Pflicht für 34f'ler, die für Banken und sonstige Wertpapierdienstleister nach § 83 WpHG schon seit dem 03.01.2018 gilt, wird in den Stellungnahmen der vermittler-nahen Verbände mit guten Argumenten kritisiert, diese Pflicht kommt allerdings wenig überraschend. Sie hat sich schon durch die Ermächtigungsgrundlage für die „neue FinVermV“ (§ 34g Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GewO) abgezeichnet. Denn dort hat der Gesetzgeber dem für die FinVermV federführenden Wirtschaftsministerium ins Stammbuch geschrieben, die „neue FinVermV“ müsse „*die Pflicht des Gewerbetreibenden [enthalten], telefonische Beratungsgespräche und die elektronische Kommunikation mit Kunden in deren Kenntnis aufzuzeichnen und zu speichern*“.

Die neue Aufzeichnungspflicht wird für all diejenigen 34f'ler relevant werden, die ihr Vermittlungsgeschäft auch per Telefon, E-Mail oder auf anderen elektronischen Kanälen betreiben. Die Umsetzung bedarf der Vorbereitung, in der Regel eines technischen Dienstleisters für die Implementie-

rung und hat erhebliche Auswirkungen auf den täglichen Arbeitsablauf.

### *Sinn und Zweck der Aufzeichnung?*

Zielsetzung der Aufzeichnungspflicht ist die „*Stärkung des Anlegerschutzes, die Verbesserung der Marktüberwachung und der Schaffung von Rechtssicherheit*“ im Interesse der Vermittler und der Anleger – so die Begründung des Entwurfs.

Mithilfe der Aufzeichnungen soll im Streit nachgewiesen werden können, ob die Anlagevermittlung oder Anlageberatung ordnungsgemäß ausgeführt wurde. Es soll im beiderseitigen Interesse dokumentiert werden, dass der Anleger über Chancen, Risiken und Eigenschaften einer empfohlenen Finanzanlage im erforderlichen Umfang informiert wurde. Das bisher schriftlich erstellte „Beratungsprotokoll“ wird dadurch nicht obsolet. Beratungsprotokolle sind – auch bei telefonischen Vermittlungsgesprächen – ergänzend weiterhin möglich (§ 18a Abs. 4 FinVermV). Eine Geeignetheitserklärung ist ab Inkrafttreten der „neuen FinVermV“ unabhängig von Vertriebsweg Pflicht.

### *Grundsatz: Pflicht zur Aufzeichnung*

Nach Absatz 1 des § 18a FinVermV ist *der Gewerbetreibende verpflichtet, zum Zwecke der Beweissicherung die Inhalte von Telefongesprächen und elektronischer Kommunikation*

**aufzuzeichnen, sobald sie die Vermittlung von oder Beratung zu Finanzanlagen [...] betreffen.** Die Aufzeichnung hat insbesondere **diejenigen Teile** der Telefongespräche und der elektronischen Kommunikation zu umfassen, in welchen **die angebotene Dienstleistung (Anlageberatung oder Anlagevermittlung) und die Risiken, die Ertragschancen oder die Ausgestaltung von bestimmten Finanzanlagen oder Gattungen von Finanzanlagen erörtert werden.** Satz 1 **gilt auch**, wenn das Telefongespräch oder die elektronische Kommunikation **nicht zum Abschluss eines Geschäfts führt.** Der Absatz sieht ausdrücklich vor, dass der 34f'ler hierzu *personenbezogene Daten verarbeiten darf.*

### *Vorhalten angemessener technischer und organisatorischer Maßnahmen*

Der Finanzanlagenvermittler hat sicherzustellen, dass alle angemessenen technischen und organisatorischen Maßnahmen (dazu zählen auch Schulungen der Mitarbeiter) ergriffen werden, um Telefongespräche und elektronische Kommunikation entsprechend aufzuzeichnen. Aufzeichnungspflichtige Telefongespräche und elektronische Kommunikation dürfen über private Geräte oder private elektronische Kommunikation der Beschäftigten nur geführt werden, wenn der Gewerbetreibende deren Benutzung gestattet oder gebilligt hat und er die Aufzeichnungen mit Zustimmung der Beschäftigten anfertigen oder nach Abschluss des Gesprächs auf einen eigenen Datenspeicher kopieren kann (§ 18a Abs. 2 FinVermV).

Zudem sind die erstellten Aufzeichnungen gegen nachträgliche Verfälschung und unbefugte Verwendung zu sichern (§ 18a Abs. 5 FinVermV). Es wird sich zeigen, ob zukünftig Standards entwickelt werden, um dieser Anforderung gerecht zu werden. Einen 100%tigen Schutz gegen nachträgliche Veränderungen elektronischer Dateien wird es vermutlich so schnell nicht geben.

### *Hinweispflicht vorab!*

Wie auch Banken und sonstige Wertpapierdienstleister (§ 83 Abs. 5 WpHG) sind auch die Finanzanlagenvermittler zukünftig verpflichtet, den Anleger sowie seine von der Aufzeichnung betroffenen Beschäftigten **vorab in geeigneter Weise** nach Maßgabe der § 18a Abs. 3 FinVermV-neu, Art. 76 Abs. 8 DelVO **über die Aufzeichnung von Telefongesprächen und elektronischer Kommunikation zu informieren.**

Die Information über die Telefonaufzeichnung in die „Statusbezogenen Informationen“ nach § 12 FinVermV aufzunehmen und sich den Erhalt quittieren zu lassen, erscheint auf jeden Fall *sinnvoll.* *Rechtlich ausreichend* ist es, wenn der Vermittler erst den Hinweis telefonisch erteilt und erst danach mit der Aufzeichnung beginnt; allerdings dürfte sich hier häufig das Problem ergeben, den erteilten Hinweis nicht sicher nachweisen zu können.

Unterbleibt eine solche Information oder widerspricht der Anleger der Telefonaufzeichnung, sieht die Verordnung eine klare Rechtsfolge vor: In diesem Fall darf der Vermittler **keine telefonische Anlagevermittlung oder Anlageberatung erbringen** (§ 18a Abs. 3 FinVermV-neu). Der Anleger ist dann auf einen anderen Kommunikationskanal (z.B. Post, E-Mail) oder auf das persönliche Kundengespräch zu verweisen. Lehnt der Kunde ab oder sind diese Kommunikationsmöglichkeiten nicht vorgesehen, ist der Kunde abzuweisen.

### *Auskunftsrecht, Aufbewahrungsfrist und Löschpflicht – Fragen bleiben*

Flankiert wird die Aufzeichnungspflicht von einem Auskunftsanspruch des Anlegers. Der Anleger kann von dem Vermittler bis zum Ablauf der Aufbewahrungsfrist jederzeit verlangen, dass ihm die Aufzeichnungen selbst oder **eine Kopie zur Verfügung gestellt werden.** Innerhalb dieser Zeit muss sichergestellt sein, dass die Gespräche so gespeichert werden, dass sie einem Kunden und Vorgang konkret zugeordnet werden können.

*Die Aufbewahrungsfrist beträgt nach § 23 FinVermV-neu fünf Jahre (sieben Jahre, wenn die Aufsichtsbehörde dies verlangt) ab Erstellung der Aufzeichnung.*

Die Aufzeichnungen sind nach Ablauf dieser Aufbewahrungsfrist zu löschen oder zu vernichten; dies ist entsprechend **zu dokumentieren** (§ 18a Abs. 6 FinVermV). Auch diese scheinbar kleine Verpflichtung hat es in der Praxis in zweierlei Hinsicht in sich:

Zum einen erfordert die Löschpflicht technisch intelligente Löschkonzepte, wonach die „abgelaufenen Audio-Dateien“ auch tatsächlich und nachweislich zum jeweiligen Stichtag gelöscht werden. Die Dateien sind nicht nur vom laufenden System zu löschen, sondern auch von revisionssicheren Backup-Systemen. Diese Aufgabe stellt schon für Geschäftsbanken, die im Gegensatz zu freien Vermittlern über eine ausgewachsene IT-Infrastruktur verfügen, eine Herausforderung dar.

Zum anderen ist – wie auch im WpHG – das Verhältnis der Löschpflicht zu den Verjährungsregelungen ungelöst. Die absolute, taggenaue Verjährungsfrist beträgt 10 Jahre – in Anlagevermittlungsfällen beginnend mit dem Tag der Zeichnung (§ 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Die Aufzeichnung aber, die gerade auch der *Stärkung der Rechtssicherheit* (s.o.) dienen soll, sind nach maximal 7 Jahren zu löschen. Das berechtigte Interesse des Vermittlers geht natürlich dahin, die Audio-Datei so lange aufzubewahren, bis er nicht mehr mit dem Vorwurf einer angeblichen fehlerhaften Vermittlung konfrontiert werden kann. Hier wäre eine 10-jährige Aufbewahrungsfrist die bessere Wahl gewesen. Verordnungs- und Gesetzgeber haben jetzt 5 Jahre Zeit, um diesen Widerspruch aufzulösen; dann werden die ersten Audio-Dateien von den Datenträgern verschwinden,

### *§ 18a FinVermV + Delegierten-Verordnung*

Wer die Aufzeichnungspflicht verstehen will, muss § 18a FinVermV-neu aufmerksam lesen. Doch: Um Inhalt und Umfang der Aufzeichnungspflicht und der damit einhergehenden Pflichten vollständig verstehen zu können, reicht das Lesen und Umsetzen von § 18a FinVermV allein nicht aus. Der Verordnungsgeber wendet vielmehr auch hier – wie schon im WpHG – die Verweisungstechnik an und schickt den Rechtsanwender – über den Verweis in § 18a Abs. 7 FinVermV in Artikel 76 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission. Der dortige Pflichtenkanon gilt für 34f'ler *entsprechend*; diese Passage der DelVO ist also bei der Umsetzung der Aufzeichnungspflicht immer mitzulesen und zu beachten.

### *Persönliches Kundengespräch? – keine Aufzeichnungspflicht*

Die Aufzeichnungspflicht bezieht sich auch zukünftig nicht auf das persönlich geführte Kundengespräch. Das stellt die Verordnung (§ 18 Abs. 4 FinVermV-neu) ausdrücklich klar. Sofern der Anleger seinen Auftrag im Rahmen eines persönlichen Gesprächs erteilt, ist dieser Vorgang – wie bisher auch – durch den Vermittler mittels eines dauerhaften Datenträgers zu dokumentieren. Zu diesem Zweck dürfen – so die FinVermV-neu weiter – auch schriftliche Protokolle und Vermerke über den Inhalt des persönlichen Gesprächs angefertigt werden.

Daraus lässt sich zweierlei ableiten: Zum einen ist dem Vermittler unbenommen, auch persönliche Kundengespräche aufzuzeichnen, wenn der Kunde vorab nach ausdrücklicher Aufklärung nachweislich sein Einverständnis erklärt hat. Das Ein-

verständnis sollte aus Nachweisgründen zwingend schriftlich erteilt werden. Ob eine solche – ansonsten im Geschäftsverkehr eher unübliche Vorgehensweise – das Vertrauensverhältnis zum Kunden fördert, mag jeder für sich entscheiden.

### *Was muss / darf aufgezeichnet werden?*

Es muss (und darf) jedoch nicht jedes Gespräch und jeder Gesprächsteil aufgezeichnet werden. Ausdrücklich ausgenommen von der Aufzeichnungspflicht sind laut der Entwurfsbegründung etwa telefonische Terminabsprachen, Anbahnungsgespräche und Gespräche, die nicht die Beratung zu oder Vermittlung von einzelnen oder mehreren konkreten Finanzanlagen zum Gegenstand haben. D.h. Telefongespräche zur Vermittlung von Versicherungsprodukten oder Darlehen (§§ 34c, 34d, 34i GewO) sind weiterhin nicht aufzeichnungspflichtig. Aufzuzeichnen sind nur die denmittlungsvorgang zu Finanzanlagen im weitesten Sinne betreffenden Gespräche bzw. Gesprächsteile.

Diese Vorgaben machen die praktische Anwendung aber nicht leichter. Eine „Schablonen-Lösung“, die für jede Telefongesprächssituation anwendbar ist, oder eine generelle Aufzeichnung aller Telefongespräche sieht auch die FinVermV nicht vor. Hier bleiben Fragen offen: Soll der Vermittler tagtäglich *ad hoc* im Telefongespräch die richtige Entscheidung treffen und spontan auf den „Aufnahme-Start“-/„Pausen/Stopp“-Knopf drücken? Die BaFin hält bei der Aufzeichnungspflicht für Banken, Sparkassen & Co. einen „Start-“ und „Stopp-Knopf“ wie auch das erst spätere Einschalten und das frühere Abschalten der Aufzeichnung für zulässig, wenn diese Gesprächsteile nichts mit Wertpapierdienstleistungen zu tun haben. Ein „Pause-Knopf“ für ein „bloß situatives Unterbrechen der Aufnahme“ ist nach Meinung der BaFin hingegen unzulässig. Praxistauglich sind diese Abgrenzungskriterien nicht. Nur gut, dass die Finanzanlagenvermittler bis auf Weiteres nicht der Aufsicht der BaFin unterstehen.

Hilfreich ist ein Gesprächsleitfaden, der es dem Vermittler ermöglicht, bereits zu Beginn des Gesprächs einschätzen zu können, welches Anliegen der Kunde besprechen möchte. Wichtig: Die Aufzeichnungspflicht besteht – wie bislang schon die Protokollierungspflicht – unabhängig davon, ob es zu einem Vertragsabschluss (z.B. Zeichnung) am Ende des Gesprächs kommt oder nicht.

Der rechtliche Rahmen stellt auch besondere Anforderungen an die Technik. Die Aufzeichnungstechnik muss es ermöglichen, dass der

Anwender eine solche Unterscheidung und Entscheidung treffen und ausführen kann. Wird eine Aufzeichnung aller Telefongespräche (bspw. eines Diensttelefons) ohne Unterscheidungsmöglichkeit vorgesehen, entspricht dies weder den Anforderungen der FinVermV-neu noch denen des Datenschutzes, soweit keine gesonderte Einwilligung vorliegt. Darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass einmal erstellte Aufzeichnungen gegen nachträgliche Verfälschung und unbefugte Verwendung gesichert sind. Eine nachträgliche Entscheidung, ob und welche Teile des Telefongesprächs aufgezeichnet bleiben sollen, ist daher nach der FinVermV-neu wohl unzulässig; die Aufbewahrung nicht aufbewahrungspflichtiger Gesprächsteile widerspricht jedoch der DSGVO. Wie dieser Widerspruch aufzulösen ist, wird hoffentlich die Zukunft zeigen.

Bei der sonstigen elektronischen Kommunikation gibt es im Vergleich durchaus die Möglichkeit eine überlegte Entscheidung im Nachhinein zu treffen: eine E-Mail zur Terminabsprache muss nicht nach § 18a FinVermV-Entwurf revisionssicher gespeichert werden, eine Erläuterung zum Produkt (ggf.

auch Newsletter/Werbung im Zusammenhang mit einer konkreten Vermittlung) hingegen schon.

### *Praxishinweise & Ausblick*

Auch wenn es im laufenden Konsultationsverfahren noch kleinere Änderungen geben mag: Die Taping-Pflicht für Finanzanlagenvermittler wird kommen. Wer sein Vermittlungsgeschäft auch telefonisch erbringt, sollte sich schon jetzt mit der Umsetzung im Rahmen seines Vermittlungsprozesses, seiner Organisation und seiner Technik beschäftigen. Eine Übergangsfortschritt ist in der Verordnung derzeit nicht vorgesehen.

Info-Pflichten, Kosten, Zielmarkt, Interessenkollisionen und Sanktionen: Auch in unseren nächsten Newsletter werden wir uns noch ein letztes Mal mit der „FinVermV neu“ beschäftigen. Wenn Sie Fragen zu den konkreten rechtlichen Anforderungen an die Umsetzung der Aufzeichnungspflicht oder zur „FinVermV-neu“ allgemein haben: Schreiben Sie uns eine E-Mail oder rufen Sie uns gerne an.



**Dr. Martin Andreas Duncker**  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Zertifizierter Compliance-Officer (IHK & TÜV)

### **Schlatter**

Rechtsanwälte Steuerberater  
Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Kurfürsten-Anlage 59  
69115 Heidelberg  
Telefon +49.6221.9812-60  
Telefax +49.6221.9812-76  
[m.duncker@kanzlei-schlatter.de](mailto:m.duncker@kanzlei-schlatter.de)  
[d.primus@kanzlei-schlatter.de](mailto:d.primus@kanzlei-schlatter.de)  
[www.kanzlei-schlatter.de](http://www.kanzlei-schlatter.de)



**Denise Primus**  
Rechtsanwältin

**Kurzprofil:** Das Kompetenz-Team Bank- und Kapitalmarktrechts der Kanzlei Schlatter verfügt als Kanzlei in der Metropolregion Rhein-Neckar über ein Team von fünf Anwälten im Bereich Bank- und Kapitalmarktrecht, davon drei Fachanwälte im Bank- und Kapitalmarktrecht. Das Kompetenz-Team betreut seit vielen Jahren Finanzdienstleister, Banken und Zahlungsinstitute, insbesondere bei Haftungsfragen (z.B. bei der Abwehr von Schadensersatzansprüchen wegen des Vorwurfs von Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen) oder in der rechtlichen Gestaltung.

**Rechtlicher Hinweis:** Mit diesen Ausführungen stellen wir rechtlich interessante Themen aus unserem Fachbereich im Überblick vor. Diese Ausführungen können die rechtliche Thematik zwangsläufig nicht umfassend darstellen. Diese Information stellt keine Rechtsberatung dar, begründet kein Mandatsverhältnis und kann eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Lediglich aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in dieser Information nur die männliche Form verwendet.