



MiFID II – Aufzeichnungspflichten: Telefonaufzeichnung, Geeignetheitserklärung

Prof. Dr. Nicolas Raschauer
Propter Homines Lehrstuhl für
Bank- und Finanzmarktrecht
Institut für Wirtschaftsrecht

Vortragsveranstaltung FMA LI
9. November 2017
SAL Schaan

Inhalt

1. Produktzyklus unter MiFID II – Überblick

2. Taping

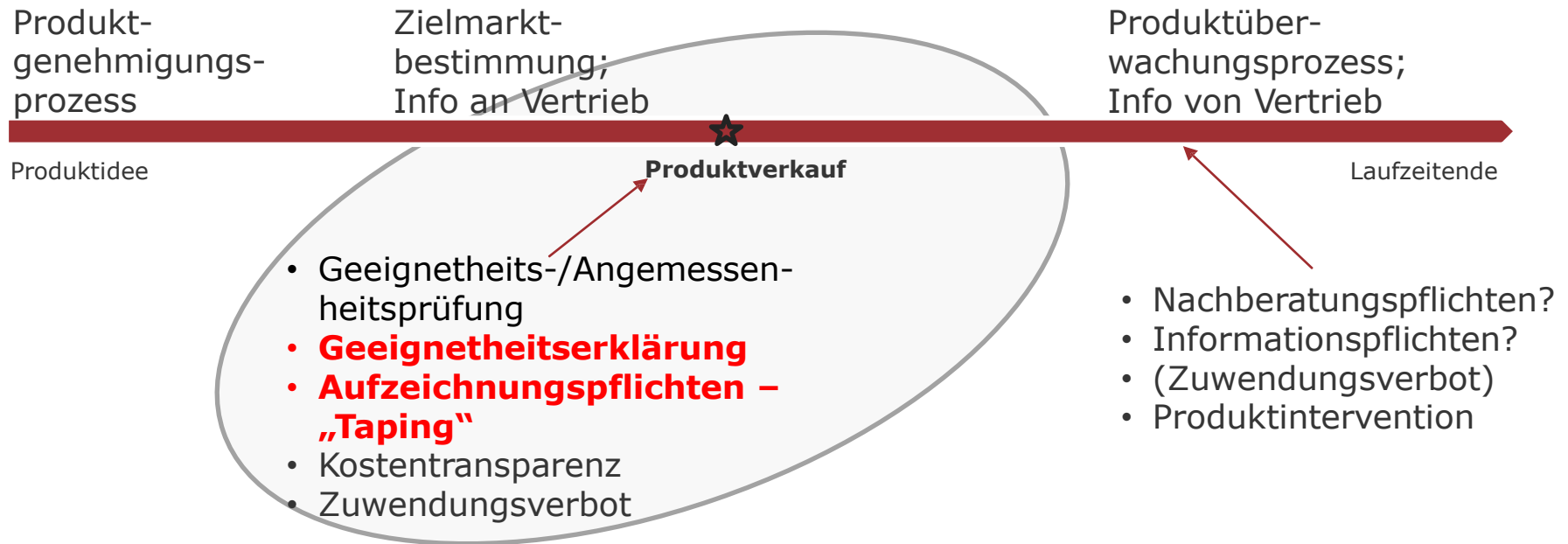
3. Geeignetheitserklärung

4. Sanktionen

5. Fazit

1. Überblick

Produktzyklus unter MiFID II



Quelle: dt BaFin 7/16

Taping

2. Taping – Regulatorischer Rahmen

- ErwG 57, Art 16 Abs 7 MiFID II (in Ergänzung von Art 16 Abs 6 der RL).
- Art 21 und 76 DelVO 565/2017.
- Abschnitt 3 ESMA Q&A 12 und 13 vom 3. 10. 2017 (ESMA 35-43-349);
Abschnitt 4 ESMA Q&A 1.
- Art 22 VVG-E (BuA 2017/14).
 - Geht über Rahmen der MiFID II nicht hinaus (anders zB § 72 bzw § 83 dt WpHG).
- BankV.

2. Taping – Allgemeines

Art 16 Abs 7 MiFID II:

- Pflicht von WPF/VV zur **Aufzeichnung aller transaktionsbasierter Telefongespräche** und elektronischer Kommunikation.
- Ziel: Erfassung aller Inhalte der transaktionsbasierten externen und internen Telefongespräche und elektronischen Kommunikation, zB E-Fax, E-Mail, Video-Konferenzen, SMS, Chats, Apps.
 - In vereinbarter Beratungssprache.

2. Taping – Ziel

- **Vorratsdatenspeicherung Ver 2.0:**
 - Prüfung der **Einhaltung der Wohlverhaltensregeln.**
 - Vermeidung von Marktmissbrauch.
 - Anlegerschutz.
 - **Lösung von Disputen** zwischen WPF/VV und Kunden.

2. Taping – Erfasste Dienstleistungen

Art 16 Abs 7 MiFID II:

- Nur bei Erbringung bestimmter Wertpapierdienstleistungen (Anh I Abschnitt A Ziff 1-4 der RL).
 - Anknüpfungspunkt: Geschäfte im **Handel für eigene Rechnung** und Dienstleistungen, die sich auf Kundenaufträge (**Annahme/Übermittlung/Ausführung**) beziehen;
 - Grenzen verschwimmen / unklar: Reine Anlageberatung grundsätzlich nicht erfasst.
 - Aber: Aufzeichnungspflicht, wenn es aufgrund dieser Dienstleistung zu Transaktion kommen und Gespräch in anderes Dienstleistungsregime «kippen» könnte.
 - Aufzeichnung, ungeachtet ob Auftrag schriftlich oder über einen anderen Kanal erteilt wird;

2. Taping – Persönlicher Anwendungsbereich

- **Banken.**
 - Sofern sie keine strukturierten Einlagen verkaufen.
- **WPF / Vermögensverwalter.**
 - Auch, wenn VV – wie in Ö od D – nur national tätig sind.
- **Drittstaatsunternehmen mit Zweigstellen in LI.**
 - Art 41 MiFID II; Art 37 VVG.
- **Verwaltungsgesellschaften** nach Art 14 UCITS-G.
- **AIFM** nach Art 29 AIFMG.

2. Taping – Erfasste Kommunikation

- **Telefongespräche** und jede gleichgestellte elektronische Kommunikation, **von Beginn zum Ende.**
 - Muss sich auf Vertrag zwischen Kunden und WPF/VV beziehen.
- **Zwei Varianten** nach RL-Systematik:
 - **Kommunikation nur über Wertpapierdienstleistungen.**
 - **Kommunikation auch über andere Dienstleistungen.**

2. Taping – Erfasste Kommunikation

- **Variante 1: Kommunikation nur über Wertpapierdienstleistungen**
 - ab Gesprächsbeginn (kein „Start-Knopf“ erforderlich);
 - Bei Annahme und Übermittlung von Aufträgen oder Ausführung von Aufträgen im Namen von Kunden oder Handel für eigene Rechnung;
 - Anlageberatung, die in vorstehende Dienstleistungen münden soll (zB Beratung zu Risiken/Risikoklassen und damit Kundenexploration Teil der Beratung);
 - Beratungsfreies Geschäft: auf jeden Fall Bestätigung der Zusammenfassung des Geschäftsabschlusses und Hinweise auf Beratungsfreiheit.

2. Taping – Erfasste Kommunikation

- **Variante 2: Kommunikation auch über andere Dienstleistungen:**
 - frühzeitig im Hinblick auf eine relevante Beratung („Start-Knopf“ erforderlich).
- Verantwortlichkeit des zuständigen Beraters, jeweils richtige Einordnung vorzunehmen.

2. Taping – Erfasste Kommunikation

- Keine Rolle spielt, ob WPF/VV Kunden kontaktiert oder umgekehrt.
- Sowohl Weiterleitung *durch* als auch Weiterleitung *an* WPF/VV erfasst.
- Aufzeichnungspflicht umfasst jegliche **Kommunikation, die tatsächlich zu Abschluss eines Geschäfts oder der Erteilung einer Kundenorder führen können.**
- **Sämtliche transaktionsbasierte Gespräche erfasst**, unabhängig davon, ob sie eingehender oder ausgehender Natur sind.
- Auch Änderung oder Stornierung eines Auftrags löst Aufzeichnungspflicht aus.

2. Taping – Erfasste Kommunikation

- Achtung: Abschluss eines Geschäfts keine zwingende Voraussetzung, um Aufzeichnungspflicht auszulösen.
- Aufzeichnungspflicht wird ausgelöst, wenn Kommunikation mit Kunden mit der **Absicht des Abschlusses** eines Geschäfts betr Finanzinstrumente erfolgt.
- Auch **interne Gespräche** VV/WPF sind erfasst, wenn sie im Zusammenhang mit genannten Dienstleistungen stehen.
 - zB vorbereitende Gespräche mit Vermittler; Abklärungen transactions und sales desk.

2. Taping – Erfasste Geräte

- Aufzeichnungspflicht bezieht sich auf **sämtliche dienstliche Geräte**, die WPF/VV Mitarbeitenden zur Verfügung stellt.
- Auch **sämtliche private Geräte** erfasst, die Mitarbeitende mit (ausdrücklicher) Zustimmung von WPF/VV zur Erbringung der Dienstleistung nutzen (können).
- Pflicht zur Führung eines **Geräteverzeichnisses** (Art 76 Abs 4 DelVO).

2. Taping – Erfasste Geräte

- WPF/VV haben angemessene Massnahmen zu ergreifen, damit einschlägige Telefongespräche und elektronische Kommunikation aufgezeichnet werden.
- Ferner sind Massnahmen zu ergreifen, dass Mitarbeitende keine Geräte nutzen – ob geschäftliche oder private –, die Aufzeichnung nicht zulassen.
- Wichtig: Erstellung / Aktualisierung der unternehmensinternen „**Bring Your Own Device**“-Policy.

2. Taping – Anforderungen an dauerhaften Datenträger

- Mitteilungen über elektronische Kanäle/Aufzeichnungen müssen auf **dauerhaftem Datenträger** gespeichert werden (zB E-Mail, E-Fax, SMS).
- **Anforderungen** an den dauerhaften Datenträger (Art 3 DelVO):
 - Unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Information (erneutes Abspielen oder Kopie); Information muss auf neuestem Stand sein!
 - Aufbewahrung in einem Format mit Änderungstracking:

2. Taping – Anforderungen an dauerhaften Datenträger

- **Weitere Anforderungen** laut Art 3 DelVO:
 - Jede nachträgliche Änderung und jeder Zustand vor der Änderung deutlich erkennbar, aber ohne Veränderung oder Löschung der Originalaufzeichnung;
 - Sicherung gegen unbefugte Verwendung, Verfälschungen (auch sachlich nicht gebotenen Änderungen) oder Löschungen;
 - Aushändigung im unverschlüsselten sowie im leicht zuzugreifenden und zu analysierenden Format;
 - Aushändigung an den Kunden in einem leicht zugänglichen Format.

2. Taping – Ordererteilung

- Für Ordererteilung können Kunden Telefon und andere Kanäle benutzen (zB persönliches Gespräch, face-to-face-Order).
- Bei persönlichen Gesprächen oder Treffen (bzw Videochats) müssen währenddessen Mitschriften in Form eines **Protokolls** oder einer Gesprächsnotiz erstellt werden.
 - Sind zu elektronischen Aufzeichnungen gleichwertig.

2. Taping – Ordererteilung

- Mitschrift muss sowohl bei **Privatkunden** als auch bei **professionellen Kunden** angefertigt und auf dauerhaftem Datenträger gespeichert werden.
- WPF/VV hat Schutzmassnahmen zu implementieren, um Kunden vor Nachteilen durch falsches Gesprächsprotokoll zu bewahren.

2. Taping – Mindestinhalt Gesprächsprotokoll (Art 76 Abs 9 DelVO)

- Zeit und Ort Treffen / Gespräch;
- Identität der Teilnehmenden;
- Initiator des Treffens/Gesprächs;
- weitere relevante Informationen über Transaktion.
 - zB Preis, Umfang, Auftragsart und Zeitpunkt der vorzunehmenden Weiterleitung bzw Ausführung.

2. Taping – Benachrichtigungspflicht

- Information der Kunden hat **vor Erbringung der Wertpapierdienstleistung** zu erfolgen.
- Neu-/Altkunden sind *einmal* (pro Jahr) darüber zu informieren, dass Kommunikation der Aufzeichnungspflicht unterliegt und aufgezeichnet wird.
 - Aufklärung bei Telefon durch Vorab-Ansage!
 - Bei sonstiger Ordererteilung Vorabinfo in Rahmenvereinbarung oder gesondertem Dokument (Art 7 DSGVO).
 - Beachte parallele Aufklärungspflichten nach DSGVO (Art 12 ff).
 - Insbesondere Hinweis auf Speichermedien und Dauer der Aufzeichnung geboten.
- Verzicht des Kunden unzulässig.

2. Taping – Benachrichtigungspflicht - Rechtsfolgen

- Kunde muss Aufzeichnung explizit zustimmen (Art 7 DSGVO).
- Wurde Kunde im Vorfeld der Kommunikation nicht über Aufzeichnung aufgeklärt, **darf WPF/VV Wertpapierdienstleistung nicht erbringen.**
 - Es dürfen ausnahmslos keine Daten bearbeitet und gespeichert werden (Art 5 und 6 DSGVO).
- Bei **Widerspruch** eines Kunden zu Aufzeichnung (Art 21 Abs 1 DSGVO): **Datenbearbeitung und -speicherung unzulässig.**
 - Weitere Dienstleistungen sind zu unterlassen.

2. Taping – Compliance / Kontrolle

- GL der WPF/VV haben sicherzustellen, dass Vorgaben / Anforderungen erfüllt werden.
 - Sicherstellung der Aufzeichnung in schriftlicher Form.
 - Sicherstellung von Qualität, Genauigkeit und Vollständigkeit der Aufzeichnungen.
 - Wirksame Kontrolle der Verfahren.
 - Reguläre und ggf ad hoc-risikobasierte Überprüfung der Aufzeichnungen.

2. Taping – Compliance / Kontrolle

- Erlassung schriftlicher Organisationsrichtlinien (Teil der **Compliance-Policy**; Art 76 Abs 1 DelVO).
 - Richtlinien sind technologieneutral auszugestalten (Art 76 Abs 3 DVO).
 - Müssen Massnahmen für aussergewöhnliche Umstände (zB Server-Raid) umfassen, die Aufzeichnungen verhindern.

2. Taping – Compliance / Kontrolle

- Neubewertung / **Änderung der RL** geboten, wenn **neue Technologien** mit neuen Anforderungen in bestehende Prozesse eingebunden werden (Art 76 Abs 3 DelVO).
- WPF / VV haben **Mitarbeitende auszubilden und zu schulen** (Art 76 Abs 5 DelVO).
- In regelmässigen Abständen **Kontrolle der Aufzeichnungen** aller Transaktionen und Verfahren auf Übereinstimmung mit aufsichtsrechtlichen Vorgaben (Art 76 Abs 2 und 6 DelVO).
 - Periodische (zB jährliche) und ad-hoc Prüfung.
 - Richtet sich nach Komplexität und Grösse des Geschäfts.

2. Taping – Datenaufbewahrung

- Aufgezeichnete Telefongespräche sind – ab Erstellungszeitpunkt (Art 76 Abs 11 DelVO) – **zumindest fünf Jahre aufzubewahren**.
- FMA kann längere Aufbewahrung verlangen (dies allerdings nur bei triftigen Gründen).
- Auch in Papierform vorliegende Protokolle sowie elektronische Kommunikation sind zu speichern.
 - zB E-Faxe, E-Mails.
- Lässt längerfristige Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen auf Basis anderer Spezialgesetze unberührt.

2. Taping – Datenaufbewahrung

- WPF/VV hat **Qualität, Fehlerfreiheit und Vollständigkeit der Aufzeichnungen** sicherzustellen (Reproduzierbarkeit; Art 76 Abs 10 DelVO).
- Aufzeichnungen sind auf **dauerhaften Datenträgern** zu speichern; sind **vor Veränderung und Löschung zu schützen**.
 - pdf nach Auffassung BaFin ok (Bezugspunkt: Durchschnittsanleger).
- Speichermedium muss jederzeit schnellen Zugang der FMA / Kunden ermöglichen.
 - Kunden kann für Zugriff auf Kopien Kosten – soweit angemessen – in Rechnung gestellt werden.

2. Taping – Delegation zulässig?

- Aufzeichnungspflichten werden von ESMA als **kritische Funktion** (der Geschäftsleitung bzw von Compliance) angesehen.
- **Auslagerung** prinzipiell **zulässig** (Art 16 Abs 5 MiFID II; Art 30 ff DelVO).
- Aber: WPF/VV hat zu verhindern, dass Institut zu einer «nutshell» verkommt.
 - Kontrollen müssen von GL/Compliance selbst wahrgenommen werden. Dies gilt auch für Haftung der GL.
 - Delegationsvereinbarung muss die in DSGVO und DVO geregelten Mindestinhalte erfüllen.
 - Beachte auch Art 5 Abs 1 und Art 28 DSGVO: Haftung des Verantwortlichen bleibt auch datenschutzrechtlich bestehen.

2. Taping – Sonstige Fragen

- Weiterleitung von Orders an Depotbank unterliegt nicht der Aufzeichnungspflicht nach Art 16 Abs 7 MiFID II, sondern der Protokollierungspflicht nach Art 28 Abs 3 und Art 32 DSGVO.
- Lösungen für Aufzeichnung (Telefon/Festnetz): Aufzeichnung mittels Diktiergerät genügt nach Auffassung FMA AT/BaFin/WK AT nicht.

Geeignetheitserklärung

3. Geeignetheitserklärung – Regulatorische Grundlagen

- Art 25 Abs 2 und 6 MiFID II.
- Art 54 und 55 DelVO 565/2017.
- Abschnitt 2 ESMA Q & A 1 ff vom 3. 10. 2017 (ESMA 35-43-349).
 - ESMA Consultation Paper: Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements (13. Juli 2017 – ESMA 35-43-748)
- Art 19 Abs 3 und 4 VVG-E (BuA 2017/14).
 - Geht über Rahmen der MiFID II nicht hinaus (anders zB § 64 dt WpHG).
- BankV.

3. Ausgangspunkt: Geeignetheitsprüfung

- WPF/VV holt **notwendige Informationen** über Kenntnisse und Erfahrungen der (potenziellen) Kunden im Anlagebereich hinsichtlich
 - Produkte / Dienstleistungen, mit denen Kunde vertraut ist;
 - Art, Umfang und Häufigkeit der Geschäfte des Kunden mit Finanzinstrumenten und Zeitraum, in dem sie getätigt worden sind;
 - finanzielle Verhältnisse;
 - Fähigkeit, Verluste zu tragen;
 - Anlageziele (einschliesslich Risikotoleranz);
 - Bildungsstand, Berufein (Art 55 DelVO; s im Detail ESMA-Leitlinien).

- **Ziel:** Kunde hat Anspruch auf „geeignete“ Empfehlungen.

3. Ausgangspunkt: Geeignetheitsprüfung

- Pflicht zur **stichprobenartigen Überprüfung** der Angaben des Kunden (vor Orderdurchführung; Art 55 Abs 3 und 56 Abs 1 DelVO):
 - *Sind Informationen des Kunden offensichtlich veraltet, unzutreffend oder unvollständig...?*
 - *Verfügt Kunde über erforderliche Erfahrungen und Kenntnisse, um Risiken im Zusammenhang mit angebotenen oder gewünschten Produkten bzw Dienstleistungen zu verstehen und beurteilen zu können, ob Dienstleistung für ihn geeignet ist?*

3. Dokumentation: Geeignetheitserklärung

- Bei Anlageberatung wird statt Beratungsprotokoll zukünftig **Geeignetheitserklärung** erstellt.
 - **Betrifft nur Anlageberatung von Privatkunden** (Kauf, Verkauf von Finanzinstrumenten).
 - Unabhängig davon, ob Transaktion auf Beratung folgt.
 - Nicht bei blossen Halteempfehlungen.
- EU-weit harmonisierte Aufzeichnungs- und Protokollierungspflichten machen individuelles Anlageprotokoll entbehrlich.
 - Keine Kundenunterschrift erforderlich.
- Knüpft an Geeignetheitsprüfung an; WPF/VV müssen **schriftliche Erklärung zur Eignung von Finanzinstrumenten** zur Verfügung zu stellen (Art 54 Abs 12 DVO).

3. Dokumentation: Geeignetheitserklärung

Art 25 Abs 6 Uabs 2 und 3 MiFID:

- (Potentieller) Kunde erhält schriftliche **Geeignetheitserklärung** vor Durchführung eines Geschäfts auf dauerhaftem Datenträger.
 - Dies auch dann, wenn kein Folgevertrag geschlossen wird.
- Wird Fernkommunikation verwendet, ist Geeignetheitserklärung **unmittelbar nach Orderausführung** zu übermitteln.
 - Gesetz stellt auf Vertragsschluss ab = Zeitpunkt des Schlusses des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes zwischen anlageberatendem WPF/VV und Kunde.

3. Dokumentation: Geeignetheitserklärung

- **Inhalt:** Bericht über erteilte Ratschläge und Angaben.
 - Inwiefern passt abgegebene Empfehlung zum Anleger?
 - *Inwieweit wurde Beratung*
 - *Zielen des Kunden;*
 - *persönlichen Umständen des Kunden hins Anlagedauer, Kenntnissen und Erfahrungen;*
 - *Risikobereitschaft des Kunden sowie*
 - *Verlusttragfähigkeit des Kunden*
- gerecht? (Art 54 Abs 12 DelVO).*

3. Geeignetheitserklärung – Bekanntes

- Erklärung hat (weiterhin) die vom Kunden geäußerten wesentlichen Anliegen;
 - deren Gewichtung durch WPF/VV;
 - die erteilten Empfehlungen und
 - und die für diese Empfehlungen genannten wesentlichen Gründe
- zu protokollieren.**

3. Geeignetheitserklärung – Änderungen?

- Geeignetheitserklärung in meisten Punkten mit bisherigem Beratungsprotokoll vergleichbar.
 - Keine Kundenunterschrift mehr erforderlich.
- Auswahl- und Empfehlungsprozess muss zukünftig detaillierter als bisher dokumentiert und verständlich für Kunden zusammengefasst werden.
- **Neu:** Neuregelung zu „Kosten-Nutzen-Analyse“ (Art 54 Abs 11 DVO) bei Beratung zur Umschichtung eines Portfolios.

3. Geeignetheitserklärung – Weitere Inhalte

- Geeignetheitserklärung muss zukünftig nicht nur erbrachte Beratung dokumentieren.
 - Hinweis, dass Beratung stattgefunden hat.
- Datum und Zeitpunkt der Beratung.
- Datum und Zeitpunkt der Übergabe der Erklärung an Kunden („timestamp“).
- Sondern auch **konkrete Angaben** darüber, **wie Anlageberatung auf Anlageziele, Präferenzen und sonstige Merkmale des Kunden abgestimmt wurde** („inwiefern / inwieweit“).
 - Macht ua Angaben über Anlagedauer erforderlich.

3. Geeignetheitserklärung – Weitere Inhalte

- Beachte: Geeignetheitserklärung ist unabhängig von konkreter Empfehlung zu erstatten.
- Daher auch dann, wenn Empfehlung ergibt, ein bestimmtes Finanzinstrument nicht zu kaufen (ErwG 87 MiFID II).
 - Nicht bei blossen Halteempfehlungen.
- Hinweise auf Folgeevaluierung.

3. Geeignetheitserklärung – Dauerhafter Datenträger

- Voraussetzungen nach Art 3 DelVO müssen erfüllt sein.
- Papier; elektronische Datei; E-Mail...
- Sicherer Bereich einer Webseite (ErwG 82 MiFID).
 - Kunde muss von Verfügbarkeit des Dokuments vorab informiert werden (EuGH C-375/15).
- Kann mit sonstiger Aufzeichnungsdokumentation verbunden werden.

3. Geeignetheitserklärung – Sonstiges

- Entfällt, wenn Kunde nicht alle erforderlichen Informationen bereitstellt.
- WPF/VV diesfalls gehalten, keine Empfehlungen auszusprechen (Art 54 Abs 8 DelVO).

4. Sanktionen

Art 70 Abs 3; 6 iVm Art 71 MiFID II:

- Öffentliche Bekanntmachung eines Verstosses;
- vorläufiges oder dauerhaftes Verbot der Berufsausübung;
- **Bussgelder** von bis zu € 5 000 000 für natürliche Personen / 10 % des weltweiten Gesamtumsatzes für juristische Personen.

5. Fazit



KEEP
CALM
BUT
Your Time
Is Ticking

- umfangreiche Aufzeichnungspflichten.
- branchenunabhängig.
- Delegation von Taping zulässig.
- Intensivierung Kundenkontakt.

**Vielen
Dank!**

Jetzt anmelden!

MiFID II – Aktuelle Praxisfragen
16.11.2017 – 16.30 -20.00 Uhr

MiFID II Intensivkurs
16.11. – 18.11.2017 & 14.12. – 16.12.2017

Korrespondenz

Prof. Dr. Nicolas Raschauer

Propter Homines Lehrstuhl für
Bank- und Finanzmarktrecht

Institut für Wirtschaftsrecht

Universität Liechtenstein
Fürst-Franz-Josef-Strasse, 9490 Vaduz
Liechtenstein

T +423 265 11 11, direkt +423 265 11 95
nicolas.raschauer@uni.li
<http://www.uni.li/wirtschaftsrecht>

