

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

konsultation-03-17@bafin.de

16. Juni 2017

**Stellungnahme im Rahmen der Konsultation 03/2017  
WA 11-FR 4100-2017/0001**

Sehr geehrte Frau Dr. Höhle,  
sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Übersendung der Entwürfe der WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung und der Wertpapierdienstleistungs-Prüfungsverordnung. Die Gelegenheit zur Stellungnahme nehmen wir nachfolgend gerne wahr.

Wir haben sowohl zur WpHGMAAnzV als auch zur WpDPV einige Anmerkungen.

**1. Anmerkungen zum Entwurf der WpHGMAAnzV**

Im Zuge der Umsetzung der MiFID II durch das 2. Finanzmarktnovellierungsgesetz erfährt der heutige § 36a Abs. 1 WpHG neben einer Neunummerierung auch eine inhaltliche Änderung. Gemäß dem neuen § 90 Absatz 1 Satz 1 WpHG-E werden nun erstmals Anforderungen an die Qualifikation und Zuverlässigkeit von Mitarbeitern auch nach dem deutschen Recht für solche Mitarbeiter von Zweigniederlassungen i. S. d. § 53b KWG gelten, die in der Anlageberatung oder im Vertrieb von Wertpapierdienstleistungen tätig sind. Nachdem nach heutigem Recht ausschließlich die Vorschriften des Herkunftsstaats dieser Zweigniederlassungen maßgeblich waren, müssen sie sich zukünftig nach § 87 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 WpHG-E in Verbindung mit der WpHGMAAnzV richten.

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

Vor diesem Hintergrund bekommt § 5 Absatz 1 Nummer 2 WpHGMAAnzV-E eine neue und umfangreichere Bedeutung als bisher der Fall. Es ist regelmäßig davon auszugehen, dass bei Zweigniederlassungen i. S. d. § 53b KWG der Fall auftreten kann, dass im EU-Ausland erworbene Nachweise der Berufsqualifikationen als Qualifikationsnachweise für Anlageberater und Vertriebsmitarbeiter werden dienen müssen.

In diesem Zusammenhang regen wir folgende Formulierung an:

### **Petitum 1:**

§ 5 Absatz 1 WpHGMAAnzV-E sollte wie folgt formuliert werden:

„(1) Als Nachweis der erforderlichen Sachkunde nach den §§ 1, 2 oder 3 werden auch Befähigungs- und Ausbildungsnachweise anerkannt, die

1. von einer zuständigen ~~Behörde~~ **Stelle** eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ausgestellt oder anerkannt worden sind und

2. in dem ~~ausstellenden~~ Staat, **in dem sie ausgestellt wurden**, ~~erforderlich~~ **geeignet** sind, um als Mitarbeiter einer Wertpapierdienstleistungsfirma im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 Nummer 1 der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates (ABl. L 145 vom 30.4.2004, S. 1, L 45 vom 16.2.2005, S. 18) mit einer vergleichbaren Tätigkeit betraut zu werden.“

### **Begründung:**

1. Ebenso wie in Deutschland sind es im EU-Ausland nicht unbedingt immer Behörden im engeren Sinne, die Befähigungs- und Ausbildungsnachweise ausstellen oder anerkennen. Es kann sich auch um damit betraute oder dafür anerkannte privatrechtlich organisierte Stellen, zum Beispiel Bildungseinrichtungen oder berufsständische Organisationen handeln. Deshalb sollten EU-ausländische Befähigungs- und Ausbildungsnachweise nicht schlechter gestellt werden, nur weil sie nicht durch einen behördlichen Verwaltungsakt ergehen. Die Anerkennung sollte sich allgemein danach richten, ob eine im betreffenden Mitgliedstaat nach dortigem Recht zuständige Stelle den Nachweis ausgestellt oder anerkannt hat, unabhängig davon, ob diese Stelle eine staatliche Stelle ist oder nicht.

2. Die WpHGMAAnzV lässt den Betroffenen verschiedene Möglichkeiten, die Qualifikation nachzuweisen. § 4 WpHGMAAnzV zählt eine Vielzahl von möglichen Nachweisen auf, die alternativ geführt werden können; von diesen Möglichkeiten ist keine einzige „erforderlich“ im Sinne einer *conditio sine qua non*. EU-ausländische Qualifikationsnachweise sollte man ebenso behandeln. Daher sollten ausländische Nachweise ebenfalls anerkannt werden, soweit sie nach dem Recht des Herkunftsstaats als geeignete Nachweise im Sinne der MiFID II gelten. Würde hier auf die Erforderlichkeit abgestellt, wären die Kriterien strenger als für deutsche Qualifikationsnachweise.

## 2. Anmerkungen zum Entwurf der WpDPV

### Petitum 2:

§ 2 Absatz 3 WpDPV-E sowie § 5 Absatz 6 Satz 2 WpDPV-E sollten gestrichen werden.

### Begründung:

Es besteht keine Notwendigkeit einer Ausweitung der prüferischen Aufgaben auf die Prüfung der Berücksichtigung der Auslegung unionsrechtlicher Anforderungen auf Level 3 durch die ESMA. Insbesondere sollte dieser Level 3-Auslegung in Form von Fragen und Antworten (Q&A) keine prüferische Bedeutung zukommen. Die europäische Rechtslage erfordert es, darauf zu verzichten.

Die Auslegungen von Unionsrecht durch die ESMA in der Form von Q&A hat keinerlei direkte Verbindlichkeit für die Marktteilnehmer. Eine Vorschrift, die der ESMA gestatten würde, auf diesem Wege verbindliche Standards zu setzen, ist nicht existent. Die Veröffentlichungen von Auslegungsfragen und –antworten durch die ESMA haben weder den Charakter von Leitlinien noch den von Empfehlungen. Sie werden ohne Konsultation, ohne Kosten-Nutzen-Analyse und ohne Beachtung der „Better Regulation“-Grundsätze verfasst und veröffentlicht und genügen folglich nicht den Ansprüchen des europäischen Gesetzgebers an eine zielführende Normsetzung.

Die Tatsache, dass diese Standards bei der Normsetzung erklärter Wille des europäischen Gesetzgebers sind, darf nicht leichtfertig übergangen werden. Folglich haben Q&A's den Status zwar mutmaßlich sachkundiger, aber unverbindlicher Meinungsäußerungen – ebenso wie beispielsweise die Veröffentlichung von „Opinions“ und dergleichen. Würde man ihnen darüber hinausgehende Bedeutung zumessen, dann würde daraus ein Verstoß zumindest gegen den Sinn und Zweck von Art. 16 der ESMA Verordnung (Verordnung (EU) Nr. 1095/2010) folgen.

Wir möchten damit nicht aussagen, dass die ESMA Q&A keine nützlichen Informationen für die Institute beinhalten. Das Gegenteil ist der Fall. Jedoch kommt ihnen aus den genannten guten Gründen keine unmittelbare Verbindlichkeit zu. Die Institute sind angehalten, im eigenen Interesse die Validität der einzelnen Q&A insbesondere auch vor dem Hintergrund der Art und Weise der Umsetzung der europäischen Vorgaben in deutsches Recht und in die deutsche Verwaltungspraxis zu überprüfen.

Vor diesem Hintergrund ist es unverhältnismäßig, die Erfüllung von einfachen Q&A's mit faktischer Verbindlichkeit auszustatten, indem sie zum Gegenstand der Prüfung gemacht werden. Außerdem werden hierdurch zusätzliche Kosten für die Umsetzung der Q&A sowie Kosten für die prüferische Beurteilung verursacht, die vor dem Hintergrund der geschilderten europäischen Rechtslage nicht zu rechtfertigen sind.

Wir können in diesem Zusammenhang auch nicht die Argumentation anderer Verbände nachvollziehen. Unserer Ansicht nach sollten Q&A's, wie in anderen Mitgliedstaaten auch, als nützliche, aber unverbindliche Experteneinschätzungen angesehen werden, bei denen sowohl nationale Aufsichtsbehörden als auch Institute einen pragmatischen Beurteilungsspielraum haben, ob sie bestimmte Q&A's ausdrücklich in ihre Praxis einbeziehen oder nicht. Wir fänden es

bedauerlich, wenn die Umsetzung in Deutschland insoweit ein weiteres Mal über das Ziel hinausschießen würde.

Wir hoffen, dass unsere Vorschläge bei Ihrer weiteren Arbeit an den Entwürfen berücksichtigt werden können. Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Wagner

Wolfgang Vahldiek