



Verband unabhängiger Vermögensverwalter
Deutschland e.V.

Nur per E-Mail: vbs21@bafin.de

VuV e.V. | Stresemannallee 30 | 60596 Frankfurt am Main

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Marie-Curie-Straße 24-28
60439 Frankfurt am Main

Ihre Zeichen/Nachricht vom	Unser Zeichen	Telefon, Name	
		+49 69 660 550-110 Petra Nehe	Frankfurt, 22.06.2022

Betreff: Konsultation – Befreiungskriterien
GZ: VBS 21-Wp 1000-2018/0110
2022/0642796

Hier: Stellungnahme zum Entwurf der Neufassung des Rundschreibens zu den Befreiungskriterien im Rahmen der Prüfungsbefreiung gemäß § 89 Abs. 1 S.3 WpHG im Rahmen einer geschlossenen Konsultation

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Gelegenheit, zu dem Entwurf Stellung zu nehmen. Zugleich bitten wir um Verständnis, dass wir die beabsichtigte Neufassung zum Anlass genommen haben, die gesamte bisherige Befreiungssystematik einer umfassenden kritischen Überprüfung zu unterziehen. Dabei sind wir zu dem Ergebnis gekommen, dass die konkrete Ausgestaltung der Befreiungstatbestände in mehrfacher Hinsicht erheblichen Bedenken begegnet. Neben den eher kosmetischen Kritikpunkten (siehe nachfolgend Ziffer 1 und 2) wiegt am schwersten, dass

- das **Schwellenwertsystem insgesamt nicht verständlich** ist und die gesetzten Schwellenwerte willkürlich erscheinen,
- die **Befreiungstatbestände für Wertpapierinstitute de facto leer laufen**,
- innerhalb der Gruppe der Wertpapierinstitute entgegen § 89 Abs. 1 Satz WpHG die „**Art der Geschäfte**“ **insoweit außer Betracht geblieben ist, weil alle Wertpapierinstitute ohne Rücksicht darauf gleich behandelt werden**, ob die Befugnis besteht, sich Eigentum oder Besitz an Kundengeldern oder deren Wertpapiere zu verschaffen,

- die **Wertpapierinstitute im Vergleich zu den Kreditinstituten benachteiligt** werden, das heißt ohne erkennbaren sachlichen Grund unterschiedliche Kriterien angelegt werden.

Auf Basis dieser Leitlinien kann nach unserer Auffassung das in § 89 Abs.1 Satz 3 WpHG eingeräumte Ermessen wohl kaum fehlerfrei ausgeübt werden.

Es geht uns nicht darum, Einwände um ihrer selbst willen zu erheben, sondern für die von uns vertretene Branche der unabhängigen Vermögensverwalter eine günstigere Handhabung zu erreichen. Da wir auch nicht verkennen, dass es womöglich kaum möglich sein wird, für die dem WpHG unterworfenen unterschiedlichen Geschäftsmodelle eine einheitliche Handhabung zu konzipieren, die in jeder Hinsicht frei von rechtlichen Bedenken ist und es immer einfacher ist, ein Konzept zu kritisieren als konstruktiv zu erstellen, haben wir **Ergänzungsvorschläge** unterbreitet, die den aktuellen Rechtszustand jedenfalls weniger ungerecht erscheinen lassen (dazu nachfolgend unter Ziffer 4.)

Zugleich bitten wir um Verständnis dafür, dass wir dieses Thema in dieser grundsätzlichen Weise aufgreifen. Die ausufernden Kosten für die WpHG-Prüfung gebieten es, die gesetzlich bestehenden Möglichkeiten für eine Eingrenzung auszuloten.

Im Einzelnen gilt folgendes:

1. Ausschluss- und Befreiungstatbestände unklar

Schon in sprachlicher und systematischer Hinsicht erscheinen uns die dem Entwurf zugrunde liegenden Ausschluss- und Befreiungstatbestände verwirrend und unklar. Dies teilweise auch deshalb, weil einige in der Verlautbarung vom 29.01.2009 (Geschäftszeichen WA 32 - Wp 2030 - 2008/0001) enthaltenen Klarstellungen in dem aktuellen Entwurf nicht mehr enthalten sind.

Im Zusammenhang mit der Finanzportfolioverwaltung wird die Befreiung im Rahmen des Ausschlussstatbestandes („1. Keine Befreiung“, S.6 des Entwurfs) ausgeschlossen, wenn ein „Anlagevolumen“ von mehr als 25 Mio. EUR besteht und mehr als 25 Kunden betreut werden. Von dem Ausschluss wird dann wiederum eine Rückausnahme für den Fall gemacht, dass bei Überschreiten dieser Schwellenwerte ausschließlich Geschäfte mit professionellen Kunden gemacht werden. Wenn dann der gleiche Tatbestand im Rahmen der positiven Befreiungsvoraussetzungen („2. Umfang (Dauer) der Befreiung bei „1 Jahr Befreiung möglich“) – allerdings ohne die Rückausnahme – nochmals wiederholt wird, stiftet dies Verwirrung. Insoweit dürfte es besser lesbar sein, wenn insofern auf den vorangestellten Ausschlussstatbestand verzichtet und die Rückausnahme im Rahmen der materiellen Voraussetzungen unter 2. eingefügt wird.

Entsprechendes gilt für den von der Finanzportfolioverwaltung getrennten Bereich der Anlageberatung, Anlagevermittlung, Finanzkommission usw. Die Rückausnahme, dass

bei Überschreiten der Schwellenwerte (fünf Mitarbeiter oder 200 Kunden) eine einjährige Befreiung nur in Betracht kommt, wenn Geschäfte mit professionellen Kunden getätigt werden, sollte nur zusammen mit den materiellen Voraussetzungen unter Ziffer 2. geregelt werden.

Des Weiteren bestehen Unklarheiten insofern, als für die ein- und zweijährige Befreiung nicht erkennbar ist, in welchem Verhältnis die für das Segment der Finanzportfolioverwaltung einerseits und für das Segment der Anlagevermittlung, Anlageberatung usw. andererseits jeweils konzipierten Befreiungstatbestände zueinander stehen. Soweit die Tatbestände mit einem „bzw.“ verknüpft werden, könnte dies als „oder“ mit der Folge verstanden werden, dass es für eine Befreiung ausreicht, wenn eine der beiden Varianten alternativ erfüllt ist. Da einige Institute nur die Finanzportfolioverwaltung anbieten, wäre bei einer alternativen Sichtweise wohl stets die zweite Variante des Befreiungstatbestandes erfüllt.

Unabhängig davon ist unklar, ob sich die definierten Mitarbeiter- und Kundenzahlen auf alle Kunden und Mitarbeiter beziehen, oder nur auf diejenigen, die in dem betreffenden Segment tätig sind. Hier stellen sich folgende Zweifelfragen, die auch in den ergänzenden Hinweisen nicht beantwortet werden:

- Werden bei den 25 Kunden im Segment der Finanzportfolioverwaltung nur die Vermögensverwaltungskunden berücksichtigt oder alle Kunden, das heißt auch die Anlageberatungskunden?
- Berechnet sich der Schwellenwert nach Köpfen oder nach der Anzahl der erteilten Mandate?
- Sofern Vermögensverwaltungskunden auch Anlageberatungs- oder Vermittlungsdienstleistungen in Anspruch nehmen, werden diese dann doppelt, das heißt in beiden Segmenten berücksichtigt?
- Werden im Segment der Anlagevermittlung/Anlageberatung nur die dort eingesetzten Mitarbeiter berücksichtigt oder alle Mitarbeiter des Instituts?
- Werden in diesem Segment auch die Kunden in der Finanzportfolioverwaltung mitgezählt oder nur dann, wenn diese auch die Anlageberatung/Anlagevermittlung beauftragt haben?

Im Übrigen ist unklar, auf welchen Zeitpunkt bei der Bemessung des Anlagevolumens und der Kundenzahl abzustellen ist. Da eine entsprechende Regelung in dem aktuellen Entwurf fehlt, kommt es nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen bei begünstigenden Verwaltungsakten auf den Zeitpunkt der Behördenentscheidung an, wie dies auch in der Verlautbarung vom 29.01.2009 zum Ausdruck gekommen ist.

Dies dürfte dann aber zu weiteren Unklarheiten führen: Der Finanzportfolioverwaltung (und der portfoliobezogenen Anlageberatung) liegt ein auf Dauer angelegtes Mandat zugrunde, das bei Kündigung beendet ist. Das Anlagevolumen und die Anzahl der aktiven Mandate für den Zeitpunkt der Behördenentscheidung sollte demnach hinreichend präzise anhand der laufenden Mandate bestimmbar sein. Demgegenüber erschöpft sich die Vermittlungstätigkeit und auch die einzelfallbezogene Anlageberatung in der Regel auf einen schnell abgeschlossenen Vorgang. Sobald die Empfehlung erteilt oder das vermittelte Finanzinstrument vom Kunden rechtlich erworben ist, sind jeweiligen Wertpapierdienstleistungen beendet. Damit ist der Kunde kein aktiver Kunde mehr, sondern ein ehemaliger Kunde. Ehemalige Kunden können bei der Entscheidung aber nicht mehr berücksichtigt werden, wenn es auf den Zeitpunkt der Behördenentscheidung ankommt. Insofern dürfte es sich empfehlen, in dem Konzept entweder einen sachgerechten Stichtag festzulegen oder auf einen Durchschnittswert (bezogen auf mehrere Jahre) abzustellen.

Ergänzend ist anzumerken, dass für einen juristisch nicht geschulten Leser auch unklar ist, soweit in den Ausschlussstatbeständen die Rückausnahme davon abhängig gemacht wird, dass Geschäfte mit professionellen Kunden getätigt werden. Denn nur aus der Gesamtschau mit der dreijährigen Befreiung ergibt sich, dass für die Rückausnahme nicht alle Kunden professionell sein müssen, sondern wohl nur diejenigen, die über den gesetzten Schwellenwert hinausgehen.

2. Terminologie konkretisieren

Des Weiteren ist uns aufgefallen, dass die Terminologie Anlass für vermeidbare Diskussionen geben könnte und deshalb an die inzwischen gängige Fachsprache angepasst werden sollte. Soweit im Zusammenhang mit der Finanzportfolioverwaltung von einem „Anlagevolumen“ die Rede ist, ist unklar, was damit gemeint ist. Gemeint sein könnte das für den Kunden tatsächlich „angelegte“ Volumen im Sinne der in Finanzinstrumenten angelegten Beträge. Hierfür spricht, dass auch im WpHG in der Definition der Finanzportfolioverwaltung in § 2 Abs.8 Nr.7 WpHG von der „Verwaltung einzelner oder mehrerer **in Finanzinstrumenten angelegter** Vermögen“ die Rede ist. Gemeint sein dürfte aber das im Rahmen der Finanzportfolioverwaltung betreute Gesamtvolumen sein, bestehend aus Depotwert einschließlich der auf dem auf dem Verrechnungskonto verbuchten Geldbeträge. Insofern würde es sich wohl anbieten, hier die Terminologie der IFR heranzuziehen und von „verwalteten Vermögenswerten“ oder „AuM - Assets under Management“ zu sprechen.

Des Weiteren wäre es zur Klarstellung zu begrüßen, analog zu den Hinweisen in der Verlautbarung vom 29.01.2009 in dem allgemeinen „Hinweis“ ausdrücklich festzulegen, dass mit professionellen Kunden grundsätzlich die entsprechenden Definitionen des § 67 WpHG gemeint sind. Soweit dies nur im Zusammenhang mit der dreijährigen Befreiung geregelt ist, ist dies nicht nur verwirrend, sondern könnte auch zu Diskussionen führen, ob dies dann auch für die anderen Tatbestände so zu sehen ist.

3. Schwellenwerte sind willkürlich, praxisfremd und gleichheitswidrig

Der aus unserer Sicht indes schwerwiegendere Einwand gegen das vorgestellte Befreiungskonzept besteht indes darin, dass die Schwellenwerte praxisfremd sind, de fakto leer laufen und insgesamt gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs.1 GG) verstoßen.

3.1 Auf welchen Erwägungen beruhen die Schellenwerte?

Zunächst ist nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Erwägungen die Schwellenwerte überhaupt eingeführt worden sind. Welche Auskunft wird für das Segment der Kreditinstitute aus der Anzahl der geführten Depots im Hinblick auf die maßgebliche Frage abgeleitet, nämlich ob Art und Umfang der Geschäfte eine Befreiung von der jährlichen Prüfpflicht rechtfertigt? Die gleiche Frage stellt sich im Segment der Wertpapierinstitute dahingehend, welche Schlussfolgerungen aus dem jeweiligen Anlagevolumen, aus der Mandanten- und Mitarbeiterzahl für die jeweilige Wertpapierdienstleistung im Hinblick auf die maßgebliche Frage, ob Art und Umfang der Geschäfte eine Befreiung von der jährlichen Prüfpflicht rechtfertigen, gezogen werden. Warum wird der Bereich der Finanzportfolioverwaltung vom Bereich der Anlageberatung bzw. der Abschlussvermittlung, Eigenhandel und Finanzkommission überhaupt getrennt?

Noch weniger nachvollziehbar ist die jeweils konkret festgelegte Höhe der Schwellenwerte.

- Warum waren in 2009 im Bereich der Kreditinstitute in eine Höchstzahl von 500 bzw. 1.000 Depots ausreichend, um die jeweilige Befreiung zu legitimieren? Und warum können es jetzt 2.500 oder 4.000 Depots sein? Welche Markterhebungen oder sonstige sachliche Erwägungen liegen diesen Schwellenwerten zugrunde?
- Warum waren in 2009 im Bereich der Wertpapierinstitute in der Finanzportfolioverwaltung nur fünf Mio. EUR bzw. 10 Mio. EUR Anlagevermögen ausreichend, um die jeweilige Befreiung zu rechtfertigen? Warum können es jetzt 10 Mio. EUR bzw. 25 Mio. EUR sein? Und warum durfte seit 2009 eine Obergrenze von 10 Kunden (bzw. fünf Kunden) nicht überschritten werden und warum werden diese jetzt auf 25 Kunden (bzw. 10) angehoben?
- Warum waren in 2009 im Bereich der Wertpapierinstitute in der Anlageberatung, Anlage- und Abschlussvermittlung, Eigenhandel und Finanzkommission maximal fünf Mitarbeiter (bzw. drei Mitarbeiter) und 100 Kunden (bzw. 50 Kunden) als Höchstgrenze nötig, um die jeweilige Befreiung zu rechtfertigen? Und warum ist in dem Entwurf die Mitarbeiterzahl gleich geblieben, während die Kundenzahl von 100 auf 200 bzw. von 50 auf 150 angehoben wird?

Da wir aus dem System selbst keine irgendwie plausible Erklärung ableiten können und das Konzept auch sonst nicht erläutert wird, können wir nur die Schlussfolgerung ziehen, dass die gesetzten Werte beliebig festgelegt und daher letztlich willkürlich sind.

3.2 Schwellenwerte laufen leer

Dass das veröffentlichte Konzept unverhältnismäßig ist, folgt daraus, dass die Schwellenwerte für die Wertpapierinstitute weitgehend leer laufen.

Uns ist nicht bekannt, dass ein zugelassenes Wertpapierinstitut mit einem Kundenstamm von 10 und einem Volumen von 10 Mio. EUR (in der Finanzportfolioverwaltung) überhaupt existiert. Selbst für neu zugelassene Institute ist ein derart geringes Volumen wirtschaftlich nicht vertretbar. Aber selbst diese kommen nicht in den Genuss der zweijährigen Befreiung, weil bei neu zugelassenen Instituten der diesbezügliche Ausschlussbestand greift.

Nach dem gesetzten Rahmen kommt die geringste Befreiung von einem Jahr grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn für den Bereich der Finanzportfolioverwaltung

- das verwaltete Volumen 25 Mio. EUR nicht übersteigt

oder

- nicht mehr als 25 Kunden betreut werden.

Auch insoweit ist uns nicht bekannt, dass Wertpapierinstitute im Bereich der Finanzportfolioverwaltung mit einem „Anlagevolumen“ von lediglich 25 Mio. EUR bestehen bzw. wirtschaftlich tragfähig tätig sein können. Die in dem Konzept angelegte Differenzierung zwischen 10 Millionen und 25 Millionen „Anlagevolumen“ macht aus unserer Sicht überhaupt keinen Sinn, weil alle auf Dauer tätigen Institute **weit darüber liegen müssen**, um ein wirtschaftlich tragfähiges Wertpapierinstitut mit den ständig zunehmenden regulatorischen Anforderungen betreiben zu können.

Das Gleichbehandlungsprinzip als das das Ermessen steuernde Element verlangt eine hinreichende Spreizung von Schwellenwerten. Dem Gleichbehandlungsprinzip wird insoweit hinreichend Rechnung getragen, wenn die in Ansatz gebrachten Schwellenwerte sich in der Lebenswirklichkeit widerspiegeln. Dies ist offenkundig nicht der Fall. Zunächst ist nicht nachvollziehbar, warum im Hinblick auf die Prüfbedürftigkeit ein Unterschied zwischen einem Anlagevolumen in der Finanzportfolioverwaltung von bis zu 10 Mio. EUR einerseits und bis zu 25 Mio. EUR andererseits gesehen wird. **Beide Werte sind wirtschaftlich kaum tragfähige Kleinstvolumina**. An diese in der Branche nicht oder allenfalls in Ausnahmefällen vorhandenen Minivolumina die beiden Befreiungsmöglichkeiten zu knüpfen, ist aus unserer Sicht sinnlos, weil diesen Werten keine Unterscheidungsrelevanz zukommt.

Entsprechendes gilt für Kundenanzahl in der Finanzportfolioverwaltung (bis zu 10 oder bis zu 25). Diese Spreizung hat keinerlei Entsprechung in der Branchenwirklichkeit. Uns ist nicht bekannt, dass es überhaupt Wertpapierinstitute mit weniger als 26 Kunden in der Vermögensverwaltung gibt, deren Anlagevolumen in der Summe den Betrag von 25 Mio. EUR nicht überschreitet.

Auch für die Anlageberatungs- und Vermittlungsdienstleistungen sind die Schwellenwerte für die Mitarbeiter (fünf bzw. drei) absurd gering und haben keinerlei Bezug zur Branchenwirklichkeit. An diese beiden Schwellenwerte die ein- oder zweijährige Befreiung zu knüpfen, ist unverständlich.

Insoweit ist auch nicht nachvollziehbar, welche Erwägungen der Anhebung der Schwellenwerte zum Anlass genommen wurden. Soweit in der E-Mail vom 02.06.2022 ausgeführt wird, dass „den aktuellen Entwicklungen Rechnung getragen“ wird, ist schleierhaft, was damit konkret gemeint ist. Warum bei den Kreditinstituten die Depotgrenze von 1.000 auf 4.000 (bzw. von 500 auf 2.500) angehoben wurde, ist ebenso unklar, wie die Veränderungen im Segment der Wertpapierinstitute. Was ist der Grund für die Anhebung des Anlagevolumens in der Finanzportfolioverwaltung von 10 Mio. EUR auf 25 Mio. EUR und der Kundenanzahl von 10 auf 25 für die einjährige Befreiung? Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, welche Erwägungen im Hinblick auf die Prüfbedürftigkeit nach „Art und Umfang“ der betriebenen Geschäfte diesen Werten zugrunde gelegt worden sind. Entsprechendes gilt für Anhebung der maximalen Kundenzahl von 100 auf 200.

3.3. Unzureichende Differenzierung innerhalb der Wertpapierinstitute

Ein aus unserer Sicht weiterer Mangel besteht darin, dass innerhalb des Segments der Wertpapierinstitute dem Gesichtspunkt der „Art der geführten Geschäfte“ nicht in der objektiv gebotenen Weise Rechnung getragen wird. Denn insoweit wird übersehen, dass nicht alle Wertpapierinstitute über die Zulassung zur **Finanzkommission und zum Eigenhandel** verfügen, sondern auf Finanzportfolioverwaltung sowie Anlageberatung einschließlich der beiden Vermittlungstatbestände beschränkt sind und überdies auch noch per Auflage **ausgeschlossen worden ist, dass diese sich Eigentum oder Besitz an Kundengeldern oder deren Wertpapieren verschaffen**. Dies ist ein Umstand, der auch im Hinblick auf das in § 89 WpHG eröffnete Ermessen schlechterdings nicht außer Betracht bleiben kann. Es ist im Hinblick auf die Festlegung Prüfungsfrequenz nach § 89 Abs.1 Satz 3 WpHG maßgeblichen „Art der Geschäfte“ ganz offensichtlich ein Unterschied, ob ein Institut zulassungsgemäß Zugriff auf Kundengelder und deren Wertpapiere hat oder nicht. Insoweit ist es mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbaren, wenn einheitlich auf Anlagevolumen, Kunden- und Mitarbeiterzahl abgestellt wird und der Zugriff auf Kundenvermögen völlig unberücksichtigt bleibt.

3.4 Sachwidrige Benachteiligung gegenüber Kreditinstituten

Bedenken gegen die Ausgestaltung ergeben sich schließlich auch insoweit, als die Befreiungstatbestände zwischen den Kreditinstituten einerseits und den Wertpapierinstituten nach unserer Einschätzung auf sachwidrigen Kriterien beruht. Wenn im Segment der Kreditinstitute pauschal und unabhängig vom jeweiligen Wertpapiergeschäft auf die Depotanzahl abgestellt wird, während es bei den Wertpapierinstituten auf Anlagevolumen und die Kundenzahl ankommt, kann dies im Hinblick auf die gesetzliche Ermächtigung nicht nachvollzogen werden. Weder das Depotgeschäft (als Wertpapiernebenleistung gemäß § 2 Abs.9 Nr.1 WpHG) noch die Anzahl der geführten Depots können eine plausible Auskunft darüber geben, ob und in welcher Hinsicht die jährliche Prüfbedürftigkeit im Hinblick auf die Art und des Umfangs der geführten Wertpapiergeschäfte entfällt. Wenn für die Kreditinstitute nur auf die Anzahl der Depots abgestellt wird, bleibt nämlich völlig außer Betracht, ob und in welchem Umfang die eigentlichen Wertpapierdienstleistungen im Sinne des § 2 Abs.8 WpHG erbracht werden. Auch der Gesichtspunkt der vereinfachenden Typisierung kann diese Pauschalisierung nicht legitimieren, weil der Umfang des Depotgeschäfts jedenfalls nach unseren Erkenntnissen keine Schlussfolgerungen auf die Art und den Umfang der Wertpapierdienstleistungen insgesamt zulässt.

Dies führt im Übrigen zu einer sachwidrigen Benachteiligung der Wertpapierinstitute, weil die für die Kreditinstitute festgelegten Depotschwellenwerte es in Kauf nehmen, dass die für die Wertpapierinstitute geltenden Werte weit überschritten werden. Es bedarf einer besonderen Marktanalyse, dass bei 4.000 Wertpapierdepots sowohl 25 Mio. EUR Anlagevermögen als auch die Höchstgrenze von 25 Kunden (in der Finanzportfolioverwaltung) sowie mehr als fünf Mitarbeiter und mehr als 200 Kunden (in der Anlageberatung usw.) vorliegen müssen. Wenn für Kreditinstitute die Vermutung besteht, dass bei 4.000 geführten Wertpapierdepots kein Bedarf für eine alljährliche Prüfung besteht und ein Zweijahresturnus ausreicht, sollte dies „erst recht“ für Wertpapierinstitute gelten. Wenn die gesetzliche Ermächtigung in § 89 Abs.1 Satz 3 WpHG auf die „Art und Umfang“ der Geschäfte abstellt, kann dies offenkundig nicht dazu führen, dass ein für Kunden deutlich weniger risikobelastetes Geschäftsmodell und ein drastisch geringeres Geschäftsvolumen zu Nachteilen führt. Nach aktueller Handhabung wird der größere Geschäftsumfang sogar belohnt. Überdies bleibt bei der vorgenommenen Differenzierung zwischen Kreditinstituten und Wertpapierinstituten ebenfalls völlig unberücksichtigt, wenn und soweit Wertpapierinstitute nicht über die Befugnis verfügen, sich Eigentum oder Besitz an Kundengeldern zu verschaffen. Insoweit wird weder der Art noch dem Umfang der geführten Geschäfte hinreichend Rechnung getragen.

4. Unsere Vorschläge

Wie eingangs ausgeführt, verkennen wir nicht, dass es womöglich kaum möglich sein wird, für die dem WpHG unterworfenen unterschiedlichen Geschäftsmodelle eine einheitliche Handhabung zu konzipieren, die in jeder Hinsicht frei von rechtlichen Bedenken ist. Es ist immer einfacher ein Konzept zu kritisieren als konstruktiv zu erstellen. Insoweit

schlagen wir für die von uns repräsentierte Branche der unabhängigen Finanzportfolioverwalter zumindest eine ergänzende Handhabung wie folgt vor:

4.1 Zulassungsrahmen berücksichtigen

Wie oben bereits ausgeführt, sehen wir im Hinblick auf die gesetzliche Regelung die objektive Notwendigkeit, den konkreten Zulassungsrahmen zu berücksichtigen. Der Umstand, dass weder das Finanzkommissionsgeschäft noch der Eigenhandel betrieben werden, sondern es sogar ausgeschlossen ist, sich Zugriff auf Kundengelder oder deren Wertpapiere zu verschaffen, ist aus unserer Sicht ein „besonderer Umstand“ im Sinne des § 89 Abs. 1 Satz 1 WpHG, der im Hinblick auf die „Art der Geschäfte“ zwingend zu berücksichtigen ist. Insoweit bietet es sich an, für dieses Segment grundsätzlich eine einjährige Befreiung vorzusehen und diese dann auf zwei Jahre hochzusetzen, wenn in den letzten fünf Prüfungen keine Mängel festgestellt worden ist.

4.2 Bisherige Prüfungsergebnisse berücksichtigen

Mangelfreie Ergebnisse der letzten WpHG-Prüfungen sind „besondere Umstände“ im Sinne des § 89 Abs.1 Satz 3 WpHG, die bei der Ermessensausübung als selbstständiger Befreiungstatbestand berücksichtigt werden können. Sofern über einen Zeitraum von fünf Jahren oder fünf Prüfungen keine Mängel im Sinne der WpDVO festgestellt wurden, wäre es aus unserer Sicht sachgerecht, auf einen zweijährigen Prüfungsturnus umzustellen. Dies wäre überdies ein starker Anreiz, die regulatorischen Anforderungen auch künftig strikt einzuhalten.

4.3 Anteil der professionellen Kunden berücksichtigen

Des Weiteren möchten wir die in dem Entwurf für die dreijährige Befreiung vorgesehene Voraussetzung aufgreifen, wenn ausschließlich Geschäfte für professionelle Kunden getätigt werden. Insoweit wird zu Recht dem Umstand Rechnung getragen, dass bei professionellen Kunden der Bedarf an einer zeitnahen Überprüfung geringer wird. Allerdings erscheint es unverhältnismäßig, diesen Gedanken nur auf die dreijährige Befreiung zu begrenzen und nur für den Fall vorzusehen, dass ausschließlich professionelle Kunden bestehen. Für den Fall nämlich, dass nur ein Privatkunde betreut würde, käme ein Wertpapierinstitut, das die Schwellenwerte (FPV: 25 Kunden/25 Mio. EUR – AB fünf Mitarbeiter/200 Kunden) überschreitet, grundsätzlich nicht in den Genuss einer Befreiung. Dies erscheint unverhältnismäßig. Aus unserer Sicht wäre es unter Berücksichtigung der Befreiungsermächtigung des § 89 Abs.1 Satz 3 WpHG sachgerecht, ergänzend die zwei- und einjährige Befreiung pauschal nach dem Anteil der professionellen Kunden zum Beispiel wie folgt zu staffeln:

- Einjährige Befreiung, soweit bei mindestens die Hälfte der „AuM“ einschließlich des beratenen/vermittelten Volumens gegenüber professionellen Kunden betreut werden,
- Zweijährige Befreiung bei mindestens Dreiviertel der „AuM“ einschließlich des beratenen/vermittelten Volumens gegenüber professionellen Kunden betreut werden.

4.4 Hinweis aufnehmen, dass Katalog nicht abschließend

Die Ermessensleitlinien vermitteln den Eindruck, dass außerhalb der erfassten Tatbestände eine Befreiung nicht möglich ist. Im Hinblick auf die rechtlichen Bedenken gegen dieses Konzept wäre es daher zumindest erforderlich, dass auch unabhängig der Schwellenwerte im Einzelfall entschieden wird, ob die „besonderen Umstände“ eine Befreiung rechtfertigen. Ein pauschaler ablehnender Verweis auf die Schwellenwerte als abschließender Katalog wäre aus unserer Sicht schon im Ansatz ermessensfehlerhaft. Uns ist im Übrigen bekannt, dass Befreiungen erteilt wurden, die die Schwellenwerte nicht erfüllt haben. Im Sinne der Transparenz sollte daher auch in der Verlautbarung klargestellt werden, dass der Katalog nicht abschließend ist.

Sofern die vorgeschlagenen Ergänzungen in Betracht kommen, stehen wir für konkretisierende Gespräche gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Nero Knapp
Geschäftsführender Verbandsjustiziar