

Bundesverband der Wertpapierfirmen e.V.
Am Sandtorkai 44, 20457 Hamburg

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Per Mail: Konsultation-01-24@bafin.de

Ihr Zeichen

Ihre Nachricht vom

Ort_Datum

Frankfurt am Main, 18.03.2024

Laufende Konsultation eines Merkblatts zur Mindestanzahl der Geschäftsleiter eines Wertpapierinstituts

Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Möglichkeit, im Rahmen der vorliegenden Konsultation eine Stellungnahme abzugeben danken wir Ihnen verbindlich. Zu dem geplanten Merkblatt möchten wir auf diesem Wege folgendes anmerken:

1. Es ist vorgesehen, dass Mittlere Wertpapierinstitute stets mindestens zwei Geschäftsleiter haben müssen (die nicht nur ehrenamtlich für das Institut tätig sind). – Wenngleich eine solche zahlenmäßige Besetzung der Geschäftsleitung Mittlerer Wertpapierinstitute der Regelfall sein dürfte, erscheint es von Rechts wegen nicht geboten, die genannte Mindestanzahl von zwei Geschäftsleitern *völlig ausnahmslos* im Wege eines Merkblattes vorzuschreiben bzw. festzulegen. Eine derart strikte Festlegung ist insbesondere nicht durch höheres Recht geboten und dürfte als Maßnahme der Eingriffsverwaltung und unter Berücksichtigung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und vom Vorbehalt des Gesetzes daher im Wege bloßen Verwaltungshandels (Erlass eines beördlichen Merkblattes) daher nicht statthaft sein.

Insbesondere ergibt sich im Umkehrschluss aus § 18 Abs. 1 Nr. 8 WpIG, dass (mindestens) zwei Geschäftsleiter *lediglich/allenfalls* dann zwingend und uneingeschränkt erforderlich sind bzw. benötigt werden, wenn das betreffende Wertpapierinstitut befugt ist, bei der Erbrin-

Bundesverband der Wertpapierfirmen e.V.

Sitz des Verbandes
Kurfürstendamm 151
10709 Berlin

Postanschrift & Geschäftsstelle
Unterlindau 29
60323 Frankfurt/Main

mail@wertpapierfirmen.org
www.wertpapierfirmen.org

Vorstand
Dr. Annette Kliffmüller-Frank (Vorsitzende)
Jutta Harloff
Kai Jordan
Torsten Klanten
Dragan Radanovic
Oliver Roth
Dirk Schneider
Florian Schopf
Tanja Zander

Geschäftsführer
Michael H. Sterzenbach
Tel.: +49 (0) 69 92 10 16 91
m.sterzenbach@wertpapierfirmen.org

Direktor Marktstruktur & Regulierungspolitik
Dr. Thorsten Freihube
Tel.: +49 (0) 69 92 10 16 92
t.freihube@wertpapierfirmen.org

Justiziar
Dr. Hans Mewes
Am Sandtorkai 44, 20457 Hamburg
Tel.: +49 (0) 40 36 80 51 32
Fax: +49 (0) 40 36 80 53 33
h.mewes@wertpapierfirmen.org

Bankverbindung
Deutsche Bank AG
IBAN DE08500700240018321000
BIC DEUTDE33

gung von Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebendienstleistungen Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren von Kunden zu erwerben. Vor diesem Hintergrund ist eine gesetzliche Intention ersichtlich, es bei Fehlen einer solchen Befugnis durchaus zu ermöglichen, den Geschäftsbetrieb ggf. auch nur mit einem Geschäftsleiter zu betreiben. Die genannte Befugnis ist auch bei einer Reihe von Wertpapierinstituten bereits qua Erlaubnisbescheid ausdrücklich ausgeschlossen, so dass es hier zumindest einen „eingeschränkten Spielraum“ geben müsste, das betreffende Wertpapierinstitut lediglich mittels *einem* Geschäftsleiter zu betreiben. Hier mag man weitere materielle Kriterien normieren, die zusätzlich einzuhalten sind, um lediglich einen Geschäftsleiter zu bestellen (namentlich Vertretungsregelungen, entsprechende Unternehmensstatuten, „einfache“ Geschäftsmodelle, Zugriffsrechte auf den *einen* Geschäftsleiter, Produktportfolio, geringer „Risikoappetit“ u.a.¹) – eine solche Ausnahme im Einzelfall *gänzlich* auszuschließen, ist seitens des maßgebenden Wertpapierinstitutsgesetzes hingegen gerade nicht vorgesehen.

Anders als die Bundesanstalt es im Entwurf ihres Merkblattes bekundet, ist ihr Vorhaben auch nicht von den zugrundeliegenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften gedeckt: Sowohl Artikel 9 Absatz 6 Unterabsatz 2 MiFID II als auch Artikel 8 der Delegierten Verordnung zur MiFID II räumen den Mitgliedstaaten bzw. deren Aufsichtsbehörden für eng begrenzte Ausnahmefälle ausdrücklich die Möglichkeit ein, *„Wertpapierfirmen, die natürliche Personen sind, oder Wertpapierfirmen, die juristische Personen sind, aber in Übereinstimmung mit ihrer Satzung und den nationalen Rechtsvorschriften von einer einzigen natürlichen Person geführt werden, die Zulassung zu erteilen“*. Auch diese Regelungen stehen mithin im Widerspruch zum Vorhaben der Bundesanstalt, es namentlich Mittleren Wertpapierinstituten gänzlich bzw. uneingeschränkt zu versagen, ihren Geschäftsbetrieb mit lediglich einem Geschäftsleiter zu betreiben.

2. Was die Behandlung Kleiner Wertpapierinstitute betrifft, ist im geplanten Merkblatt vorgesehen, dass diese bei Nicht-Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ihren Geschäftsbetrieb mit (lediglich) ei-

¹ Anhaltspunkte für entsprechende Kriterien finden sich auch in Artikel 8 Absatz 1 der Delegierten Verordnung zur MiFID (EU) 2017/1943. Anders als die BaFin offenbar annimmt, ist diese Regelung auch weniger als verbindliches Gebot des Betriebs eines Wertpapierinstituts mit zwei Geschäftsleitern, sondern vielmehr als „Öffnungsklausel“ für die Möglichkeit, den Geschäftsbetrieb mit lediglich einem Geschäftsleiter zu betreiben, anzusehen.

nem Geschäftsleiter betreiben können – eine solche Regelung erscheint dem Grunde nach zweckmäßig. Soweit im Rahmen der genannten Voraussetzungen hinsichtlich der Pflicht, mindestens zwei Geschäftsleiter zu bestellen, dabei allerdings auf „Produktbesonderheiten (Produkte, die nach den Konkretisierungen einer Zielmarktbestimmung für Kunden mit erweiterten Kenntnissen und/oder Erfahrungen mit Finanzprodukten bestimmt sind)“ abgestellt und (recht) wahllos eine Reihe von Finanzprodukten aufgelistet wird, dürfte diese Einschränkung zu unspezifisch sein und den rechtlichen Anforderungen des Konkretisierungsgebotes nicht genügen. Hier stellen sich eine Vielzahl von Fragen – namentlich: Genügt eine der genannten Produktgattungen oder bereits eines oder wenige Geschäfte in dieser Gattung, um das Erfordernis eines zweiten Geschäftsleiters auszulösen – oder wo sind hier „Grenzen zu ziehen“? Kommt es auf den Kundenkreis (private oder professionelle Anleger oder geeignete Gegenparteien) an? Handelt es sich bei der Auflistung der Finanzprodukte seitens der Bundesanstalt um eine willkürlich zusammengestellte Liste oder ist hier auf höherrangige Zuordnungen bzw. Produkteinschätzungen zurückgegriffen worden? Auch soweit neben den genannten „Produktbesonderheiten“ noch weitere Umstände/Schwellenwerte das Erfordernis (mindestens) zweier Geschäftsleiter begründen können – nämlich eine Anzahl Privatkunden, ausländische Zweigniederlassungen, grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr, Betrieb eines MTF/OTF oder Anbindung einer Anzahl vertraglich gebundener Vermittler, fehlt es an konkreten Hinweisen, wo hier – gesetzt dem Fall, dass diese Kriterien *bereits alternativ* die Möglichkeit der Bestellung *nur eines* Geschäftsleiters ausschließen – Grenzen bestehen und warum bestimmte Grenzen im Merkblatt so (und nicht anders) vorgenommen werden sollen.

3. Auch was die geplante Übergangsregelung betrifft, ergeben sich hinsichtlich der Behandlung bereits bestehender bzw. am Markt tätiger Wertpapierinstitute, die bislang für ihren Geschäftsbetrieb lediglich einen Geschäftsleiter benötigt haben, durchreifende Bedenken. Soweit es sich hier um Mittlere Wertpapierinstitute handelt, müssten diese nach Ablauf eines Jahres definitiv (mindestens) einen weiteren Geschäftsleiter bestellen, ohne dass auch nur theoretisch eine Beibehaltung der bisherigen Situation möglich wäre. Wie bereits oben gezeigt, ist diese undifferenzierte Behandlung jedenfalls bei Instituten unbillig, denen die Befugnis versagt ist, sich Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren von Kunden zu verschaffen. Und auch bei Kleinen Wertpapierinstituten, die ihr Geschäft bislang mit lediglich einem Geschäftsführer beanstandungsfrei betrieben haben, sollte abweichend von dem starren Katalog der nunmehr geplanten Kriterien (Produktbesonderheiten pp.) eine erleichternde bzw. generelle Betrachtung vorgenommen werden, ob nicht auch weiterhin in der

gewohnten Weise mit lediglich einem Geschäftsleiter sichergestellt ist, dass die Berücksichtigung von Kundeninteressen und eine hinreichendes Maß an Marktintegrität gewährleistet ist, ohne dass es der zwingenden Bestellung (mindestens) eines weiteren Geschäftsleiters bedarf. – Ein solches Vorgehen dürfte auch den Anforderungen entsprechen, wie sie für „einggerichtete und ausgeübte Geschäftsbetriebe“ unter dem Schutz der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie bestehen: Nachträgliche verwaltungsrechtliche Verfügungen/Anordnungen bzw. substantielle Änderungen sollten daher an etwaigen „Verstößen gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen“ oder sonstigen „Missstände(n)“ orientiert sein, wie es insbesondere auch die Regelung des § 5 Abs. 2 WpHG vorsieht.

Zusammenfassend stellt das geplante Merkblatt keine eigenständige Rechtsgrundlage dar, wie sie für die dort benannten Verpflichtungen und Rechtsfolgen ausreichend wären. Überdies findet sich auch im „höherrangigen“ hiesigen und europäischen Recht keine konkrete Rechtsnorm oder Ermächtigungsgrundlage, die ein derart restriktives Gebot zur Bestellung von mindestens zwei Geschäftsleitern normiert, wie es dies das geplante Merkblatt der Bundesanstalt vorsieht. Insbesondere handelt es sich bei den Regelungen des Merkblattes auch nicht um Vorschriften, die selber als Rechtsnormen anzusehen sind, wie sie derartige Maßnahmen der Eingriffsverwaltung legitimieren. Auch die zur Begründung des Vorhabens angeführte „Empfehlung“ der ESMA im „Brexit peer review report“ vom 08.12.2022 (ESMA42-111-7468) weist nicht die Qualität einer solchen gesetzlichen Rechtsgrundlage auf. – Insbesondere erkennt auch die Regelung des Artikel 9 Absatz 6 MiFID II die Möglichkeit der Einzelgeschäftsleitung als durchaus gleichwertige Option/Variante zur „Mehrpersonengeschäftsleitung“ an und sieht – anders als im Rahmen des geplanten Merkblattes angenommen – kein pauschales Verbot der Einzelgeschäftsleitung vor. Und auch die hiesige gesetzliche Umsetzung dieser Regelung in § 18 WpIG ordnet in Absatz 1 Nummer 8 eine differenzierte aufsichtliche Vorgehensweise an, wonach eine Zulassung als Wertpapierinstitut mit lediglich einem Geschäftsleiter namentlich dann zu versagen ist, wenn eine Befugnis des Wertpapierinstituts besteht bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder –nebedienstleistungen Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren von Kunden zu erwerben. Dies „verschärft“ einerseits die MiFID-Vorgabe, die eine solche Differenzierung hinsichtlich der genannten Befugnis nicht vorsieht/kennt. Und andererseits gebietet es die genannte WpHG-Vorschrift im Umkehrschluss, dass Wertpapierinstitute ohne die genannte Befugnis nicht zwingend und uneingeschränkt zu einer Zwei- bzw. Mehrpersonengeschäftsleitung verpflichtet werden können/dürfen – genau dies sieht das geplante Merkblatt nunmehr aber zumindest für die Gruppe der Mittleren Institute vor und überschreitet als reine Verwaltungsanordnung damit den Umfang des rechtlich zulässigen Handelns.

Für Rücksprachen und jedwede Abstimmung in dieser Sache stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung. Gegen eine Veröffentlichung unserer Stellungnahme bestehen keine Einwände.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Hans Mewes
Justiziar