Zur Aufzeichnungspflicht gem § 33 WAG bei Videotelefonaten

Grundlagen und Praxisfragen

Philipp Klausberger / Raphael Toman

Die MiFID II brachte als Neuerung die Pflicht, Telefongespräche und elektronische Kommunikation mit dem Kunden aufzuzeichnen und für mindestens fünf Jahre zu speichern. Diese Pflicht bezieht sich sachlich auf Eigenhandelsgeschäfte sowie die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen. In der Praxis wird sich die Aufzeichnungspflicht regelmäßig auch auf die Anlageberatung erstrecken, zumal diese in Handelsgeschäfte oder die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen münden könnte.[1] Die unionsrechtlichen Grundlagen wie auch deren Umsetzung im WAG 2018 nennen als erfasste Kommunikationsmittel „Telefongespräche" und „elektronische Kommunikation". Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, inwieweit die nicht zuletzt durch COVID-19 im Kommen befindliche Technologie der Videotelefonie von den Aufzeichnungspflichten umfasst ist.

Stichwörter: MiFID II, Aufzeichnungspflicht, elektronische Kommunikation, Telefongespräche, Videotelefonie, Datenschutz.
JEL-Classification: G 18, G 21.

https://doi.org/10.47782/oeba202104025101

Photo: privat

Priv.-Doz. Dr. *Philipp Klausberger* lehrt Römisches Recht an der Universität Innsbruck und ist Legal Expert bei BRANDL TALOS Rechtsanwälte; e-mail: philipp.klausberger@uibk.ac.at

Photo: Matthias Nemmert

RA Dr. *Raphael Toman* LL.M. (NYU) ist Assoziierter Partner bei BRANDL TALOS Rechtsanwälte; e-mail: toman@brandltalos.com

MiFID II introduced an obligation to record telephone calls and electronic communications with investors and to store them for at least five years. This obligation relates to proprietary transactions and the reception, transmission and execution of client orders. In practice, the recording obligation will regularly also extend to investment advice, especially as this could result in transactions or the acceptance, transmission and execution of customer orders. MiFID II as well as its transposition in the WAG 2018 mention "telephone calls" and "electronic communication" as means of communication. This article examines the question to which extent video calls are covered by the recording obligations, which are on the rise not since the COVID-19 outbreak.

1. Einleitung und Problemstellung

Auch vor der Wertpapier- und Finanzbranche hat die Technologisierung nicht Halt gemacht. In den vergangenen Jahren stellten die Anbieter ihren Kunden vermehrt Online-Lösungen zur Verfügung, welche die klassische Beratung in der Filiale oder durch Außendienstmitarbeiter ergänzen sollen. Die Coronavirus-Pandemie hat dieser Entwicklung nur zusätzlichen Schwung verliehen.

Art 16 Abs 6 MiFID II[2] enthält als organisatorische Anforderung an Wertpapierfirmen eine umfassende, generalklauselartige[3] Aufzeichnungspflicht. Zu den Aufzeichnungen zählt Art 16 Abs 7 MiFID II explizit auch die Aufzeichnung von Telefongesprächen oder elektronischer Kommunikation zumindest in Bezug auf die beim Handel für eigene Rechnung getätigten Geschäfte und die Erbringung von Dienstleistungen, die sich auf die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen beziehen.[4] Im Lichte dessen verpflichtet § 33 Abs 2 WAG 2018 Rechtsträger zur Aufzeichnung von Telefongesprächen wie elektronischer Kommunikation entsprechend Art 16 Abs 7 MiFID II.

Dabei fällt auf, dass weder die MiFID noch die Umsetzung im WAG 2018 explizit regelt, inwieweit Videokonferenzen erfasst sind. Somit ist ungeregelt, ob die Aufzeichnungspflicht auch bei Videokonferenzen greift und, wenn man dies bejaht, in welchem Umfang Videokonferenzen aufzuzeichnen sind. Diese beiden Fragen werden in der Folge näher untersucht.

1) *Ortner-Wolf* in Brandl/Saria, WAG 2018[2] (3. Lfg 2018) § 33 Rn 13.
2) Zur Genese siehe *Ortner-Wolf* in Brandl/Saria, WAG 2018[2] (3. Lfg 2018) § 33 Rn 1 ff.
3) *Ortner-Wolf* in Brandl/Saria, WAG 2018[2] (3. Lfg 2018) § 33 Rn 7 ff; *Winternitz/Beer/Steinmair*, WAG 2018 § 33 Rn 1.
4) Siehe auch *Roth/Blessing*, CCZ 2017, 8.

2. Zu den Grundlagen der Aufzeichnungspflicht

Erwägungsgrund 57 MiFID II rechtfertigt die in der MiFID II erstmalig vorgesehene Aufzeichnungspflicht damit, dass dadurch der Anlegerschutz gestärkt, die Marktüberwachung verbessert und die Rechtssicherheit im Interesse von Wertpapierfirmen und ihren Kunden erhöht werde. Die konkrete Ausgestaltung in Art 16 MiFID II rückt freilich die Marktüberwachung ins Zentrum. Gem Art 16 Abs 6 MiFID II müssen die Aufzeichnungen ausreichen, um der zuständigen Behörde zu ermöglichen, ihrer Aufsichtspflicht nachzukommen, allenfalls die vorgesehenen Durchsetzungsmaßnahmen zu ergreifen und sich vor allem zu vergewissern, dass die Wertpapierfirma sämtlichen Pflichten, einschließlich jenen gegenüber den Kunden oder potenziellen Kunden und im Hinblick auf die Integrität des Marktes, nachgekommen ist. Dementsprechend stellt die Umsetzung in § 33 Abs 1 WAG 2018 in finaler Hinsicht auch primär auf Zwecke der Aufsicht, Durchsetzung von Maßnahmen sowie Marktüberwachung ab.

Der Schutz individueller Kunden verwirklicht sich dadurch, dass die Aufzeichnung der Kommunikation dem Kunden gem Art 16 Abs 7 MiFID II auf Anfrage zur Verfügung gestellt werden muss. Die Umsetzung in § 33 Abs 8 WAG 2018 konkretisiert die unionsrechtliche Vorgabe insofern, als dem Kunden für das Zur-Verfügung-Stellen der Aufzeichnungen keine Kosten erwachsen dürfen.[5] Diese Vorschrift soll den Schutz individueller Kunden sicherstellen. Der einzelne Kunde soll so in die Lage versetzt werden, den genauen Inhalt von Gesprächen beweisen zu können. Ohne solch ein Beweismittel steht im Prozess oft Aussage gegen Aussage; die Aufzeichnungspflicht bezweckt also in Kombination mit der Pflicht, dem Kunden die Aufzeichnungen bei Bedarf zur Verfügung zu stellen, einem Beweisnotstand auf Seiten des Kunden abzuhelfen.[6]

Im Ergebnis verfolgt die Aufzeichnungspflicht sowohl Zwecke des Individualschutzes als auch den Schutz überindividueller Interessen. Die Verbesserung der Rechtsdurchsetzung auf Kundenseite wie auch Aspekte der Rechtssicherheit für den Wertpapierdienstleister dienen primär dem Individualschutz,[7] während die Steigerung der Effizienz der Aufsicht sowie die Erleichterung von Durchsetzungsmaßnahmen dem allgemeinen Interesse an der Integrität der Wertpapiermärkte dienen. Aus diesen Überlegungen folgt zunächst, dass die Aufzeichnungspflichten zwingendes Recht sind, zumal sie nicht bloß Individualinteressen zum Durchbruch verhelfen sollen, sondern auch das allgemeine Interesse an der Marktintegrität betreffen.[8]

Für die hier interessierende Frage folgt daraus, dass aus teleologischer Sicht kein Anlass besteht, Videotelefonate von der Aufzeichnungspflicht auszunehmen: Der Beweisnotstand im Hinblick auf den Gesprächsinhalt ergibt sich bei Videotelefonaten ebenso wie bei „klassischen" Telefongesprächen, und auch die Interessen an einer effizienten Aufsicht bestehen gleichermaßen im Hinblick auf Videotelefonate. In letzter Konsequenz wäre eine Ausnahme von Videotelefonaten wohl auch unsachlich, weil so als berechtigt empfundene Schutzkonzepte ausgehöhlt würden.[9] Die Aufzeichnungspflichten ließen sich im Übrigen leicht umgehen, würden sie nur bei „klassischen" Telefonaten, nicht aber auch bei Videotelefonaten greifen. Die delegierte VO (EU) 2017/565 sieht in Art 76 Abs 3 auch vor, dass Wertpapierdienstleister die Aufzeichnungsanforderungen technologieneutral ausgestalten müssen. Daraus lässt sich auf Ebene des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts schließen, dass die Aufzeichnungspflichten unabhängig von den eingesetzten Kommunikationsmitteln zu greifen haben.[10]

3. Einzelne Regelungsaspekte im Detail

Wenn auch aus teleologischen Überlegungen die Aufzeichnungspflicht im Grundsatz auch bei Videotelefonaten greifen soll, ist die konkrete Ausgestaltung des „Ob" und „Wie" dieser Aufzeichnungen klärungsbedürftig. So ist fraglich, ob das Videotelefonat unter den Begriff des „Telefongesprächs" oder unter den Begriff der „elektronischen Kommunikation" iSv § 33 Abs 2 WAG 2018 fällt. Die ESMA vertritt vor dem Hintergrund der korrespondierenden Bestimmungen des Unionsrechts den Standpunkt, beim Begriff der elektronischen Kommunikation sei von einem weiten Verständnis auszugehen;[11] darunter falle neben E-Mail, SMS und anderen textgebundenen Kommunikationsformen[12] auch der Einsatz von Videokonferenzen.[13] UE ist fraglich, ob Videotelefonate nicht auch schon vom Begriff des Telefongesprächs umfasst sind.[14] Zwar wird man mit einem „Telefongespräch" im Allgemeinen die Kommunikation über Festnetz- oder Mobiltelefone verstehen,[15] doch ist der äußerst mögliche Wortsinn uE nicht überschritten, wenn man auch Kommunikationsformen dazuzählt, die neben der Stimme auch zusätzliche Informationen wie ein Livebild übertragen. Die Übertragung von Bild und Ton in Echtzeit ist dem „klassischen" Telefongespräch immer noch näher als jene primär textbasierenden Kommunikationsformen wie E-Mail, SMS und andere Messengerdienste, welche die ESMA sonst mit der „elektronischen Kommunikation" assoziiert.

Bejaht man also eine Aufzeichnungspflicht für Videotelefonate, stellt sich noch die Frage, wie weit die Aufzeichnungspflicht dabei reicht. Konkret gilt es zu klären, ob die Aufzeichnung der Tonspur ausreicht oder ob zwingend auch das Bild festzuhalten ist. Dazu wird man bemerken, dass die Generalklausel in § 33 Abs 1 WAG 2018 die Aufzeichnungspflichten funktional determiniert: Das ordnungsgemäße Erfüllen der Aufzeichnungspflichten soll die FMA in die Lage versetzen, ihre Aufsichtsaufgaben vollziehen sowie sich vergewissern zu können, ob der Rechtsträger sämtliche seiner Verpflichtungen eingehalten hat.[16] Dafür ist es wohl nicht erforderlich, bei einem Videotelefonat auch das Bild durchgehend aufzuzeichnen, solange die Tonspur aufgezeichnet wird. Das ergibt sich uE daraus, dass von Bildmaterial idR

5) Die ESMA hält es nach Unionsrecht für grundsätzlich zulässig, dem Kunden dafür ein Entgelt zu berechnen, doch komme dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber in diesem Zusammenhang ein Gestaltungsspielraum zu; siehe ESMA Q & A on MiFID II and MiFIR investor protection topics, ESMA 35 – 43-349, Answer 2 (10.10.2016) S 46 f.

6) Vgl *Koller* in Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht[7] (2019) § 83 WpHG Rn 9 zur deutschen Parallelvorschrift.

7) Vgl aber *Fett* in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechtskommentar[5] (2020) § 83 WpHG Rn 3 ff.

8) Vgl in anderem Zusammenhang *Brandl/Klausberger* in Brandl/Saria, WAG 2018[2] (6. Lfg 2018) § 48 Rn 35.

9) *Koller* in Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht[7] (2019) § 83 WpHG Rn 14.

10) Vgl auch *Ortner-Wolf* in Brandl/Saria, WAG 2018[2] (3. Lfg 2018) § 33 Rn 16.

11) Zust *Fett* in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechtskommentar[5] (2020) § 83 WpHG Rn 14.

12) Zu Morsezeichen siehe *Koller* in Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht[7] (2019) § 83 WpHG Rn 10.

13) ESMA Q & A on MiFID II and MiFIR investor protection topics, ESMA 35 – 43-349, Answer 5 (10.10.2016) S 49.

14) AA *Koller* in Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht[7] (2019) § 83 WpHG Rn 10.

15) Entgegen *Winternitz/Beer/Steinmair*, WAG 2018 § 33 Rn 8 ist der Begriff „Telefongespräch" als sekundärer Rechtsbegriff nicht unbedingt „eindeutig und allgemein verständlich".

16) *Brandl/Toman*, ÖBA 2016, 565.

nicht zu erwarten ist, dass es der FMA das Ergreifen von Durchsetzungsmaßnahmen bzw das Vergewissern der Rechtmäßigkeit der Dienstleistungen ermöglicht oder erleichtert. Schließlich ergibt sich schon allein aus dem Gesprächsinhalt in Kombination mit den unterfertigten Unterlagen, ob die regulatorischen Pflichten eingehalten wurden oder nicht.

Auch auf Ebene der Ausführung konkretisieren weder das WAG noch die delegierte VO (EU) 2017/565 näher, welche Elemente einer Videokonferenz aufzuzeichnen sind. Einzig Art 76 Abs 9 delegierte VO (EU) 2017/565 nennt bestimmte Inhalte einer persönlichen Besprechung, die zwingend festgehalten werden müssen. Dazu zählen Datum und Uhrzeit der Besprechung, Ort der Besprechung, persönliche Angaben der Anwesenden, Initiator der Besprechung sowie wichtige Informationen über den Kundenauftrag. Dies hat primär den Fall vor Augen, dass ein Auftrag während eines persönlichen Treffens iSv § 33 Abs 7 WAG 2018 platziert wird. Auch bei Telefon- und Videokonferenzen wird man freilich diese Inhalte aufzeichnen müssen, zumal sie die Zuordnung des Gesprächs zu bestimmten Personen und Zeitpunkten ermöglichen.[17)] Damit bilden die Inhalte gem Art 76 Abs 9 delVO 2017/565 ein Indiz für die Reichweite der Auszeichnungspflicht gem § 33 Abs 2 WAG 2018. So gibt es wohl bei einer Videokonferenz keine Kommunikationsinhalte zum Eigenhandelsgeschäft oder dem Annehmen, Übermitteln und Ausführen von Kundenaufträgen, die ausschließlich auf Bildmaterial wahrnehmbar wären und diese beiden Tätigkeiten betreffen.

Anderes gilt hingegen, wenn Videokonferenzen Bildmaterial beinhalten, dem für die Zwecke von § 33 WAG 2018 eigenständige Relevanz zukommt. Werden dabei zB Informationsgrafiken oder anderes Bildmaterial eingesetzt, unterliegt dies der Aufzeichnungspflicht. Besonders relevant ist dies im Zusammenhang mit einer Screenshare-Funktion. Die Aufzeichnungspflicht greift dabei im Hinblick auf jene Inhalte, welche über diese Funktion mit dem Kunden geteilt werden, und welche nicht ohnehin bereits an sich aufbewahrungspflichtig sind (wie etwa Anlegerprofile). Diesfalls wäre von der Aufzeichnungspflicht aber nur der relevante Inhalt (zB der geteilte Bildschirm) erfasst, nicht aber sonstige Bildaufnahmen (zB die Webcam-Aufnahme). Im Hinblick auf die Screenshare-Funktion wird man im Zweifel alle darüber geteilten Inhalte aufzeichnen müssen, weil ex ante betrachtet nicht abzuschätzen sein wird, ob ein darüber geteiltes Dokument später für die Zwecke von § 33 WAG 2018 relevant sein könnte.[18)]

Als Zwischenergebnis ergibt sich, dass Bildaufnahmen eines Videotelefonats grundsätzlich nicht selbständig aufzuzeichnen und zu speichern sind. Eine Aufzeichnungspflicht greift hingegen, insoweit ein Videotelefonat nicht bloß ein über digitale Plattformen vermitteltes Gespräch ist, sondern zB über eine Screenshare-Funktion auch relevante Bild- oder Textinhalte mit den Kunden geteilt werden. Dabei beschränkt sich die Aufzeichnungspflicht auf die geteilten Inhalte und umfasst nicht das Bildmaterial der Webcam. In diesem Zusammenhang spielen auch grundrechtliche Überlegungen eine Rolle, auf die in der Folge noch kurz einzugehen ist.

4. Grundrechtliche Aspekte

Erwägungsgrund 57 MiFID II hält fest, die Aufzeichnungspflicht sei mit der Charta der Grundrechte der Union (GRC) vereinbar. Das ist, gelinde gesagt, euphemistisch.[19)] Die Auszeichnungspflicht berührt das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 7 GRC) wie den Schutz personenbezogener Daten (Art 8 GRC). Diese Rechte sind zwar keineswegs absolut, doch müssen Eingriffe im Lichte der EuGH-Rsp verhältnismäßig sein. Auch wäre es unzulässig, einen an sich zulässigen Eingriffstatbestand so weit zu interpretieren, dass diesem ein unverhältnismäßiger Inhalt unterstellt wird.

Im vorliegenden Fall wird man bemerken, dass eine Speicherung der Bildaufnahme einen schwerwiegenden Eingriff in das Privat- und Familienleben bildet. Bedenkt man, dass Privatkunden die Videokonferenzen im Regelfall aus ihrer Privatwohnung führen, erhält der Wertpapierdienstleister damit einen Einblick in die Wohnsituation seines Kunden. Dies lässt sich noch rechtfertigen, zumal es die autonome Entscheidung des Kunden ist, mit dem Wertpapierdienstleister per Videokonferenz in Verbindung zu treten. Die Verhältnismäßigkeit wäre aber uE überschritten, würde man die dabei entstandenen Bildaufnahmen jahrelang speichern. Dazu kommt, dass die FMA im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit Zugriff auf das Bildmaterial hätte. Die individuelle Wohnsituation des Kunden ist für die Aufsichtstätigkeit regelmäßig unerheblich. Der Kunde mag sich dafür entschieden haben, seinem Berater (zumindest virtuell) Einblick in seine Wohnung zu gewähren, für die Aufsichtsbehörde lässt sich dies nicht sagen.[20)]

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive eine ausdrückliche Einwilligung des Kunden für das Aufzeichnen nicht zwingend erforderlich ist, und daher die DSGVO eine Grundrechtsverletzung nicht (zwingend) saniert. Das Aufzeichnen und Speichern von Ton- und Bildaufnahmen ist zwar eine Datenverarbeitung iSd DSGVO, wofür nach Art 5 DS-GVO eine Rechtsgrundlage nach Art 6 DSGVO notwendig ist. Eine solche Rechtsgrundlage ist nach Art 6 lit c DSGVO das Vorliegen einer rechtlichen Pflicht, welcher der Verantwortliche unterliegt. Für all jene Ton- und Bilddaten, die aufgrund § 33 WAG aufgezeichnet werden, liegt eine gesetzliche Pflicht für die Datenverarbeitung vor, eine Einwilligung des Kunden ist damit grundsätzlich nicht erforderlich.

Somit sprechen auch grundrechtliche Aspekte dagegen, bei Videokonferenzen generell auch die Bildspur aufzuzeichnen. Dies wäre im Ergebnis ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Privat- und Familienleben des Kunden: Er müsste damit rechnen, dass Fremde Einblick in seine individuelle Wohnsituation erhalten. Diese ist für die Aufsichtstätigkeit aber irrelevant. Unterstellt man solch eine Pflicht, würde man gleichzeitig einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art 7 GRC befürworten. Erwägungsgrund 57 MiFID II zeigt aber, dass der Unionsgesetzgeber eine grundrechtskonforme Lösung formulieren wollte. Im Lichte dessen wird man die Vorgaben der MiFID grundrechtskonform lesen müssen und die Auslegung der mitgliedstaatlichen Umsetzung danach richten.

5. Ergebnis

Zusammengefasst besteht auch bei Videotelefonaten grundsätzlich eine Aus-

17) *Koller* in Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht[7] (2019) § 83 WpHG Rn 11.

18) Vgl ESMA Q & A on MiFID II and MiFIR investor protection topics, ESMA 35 – 43-349, Answer 8 (10.10.2016), S 50.

19) Ausführlich zum Problem *Brandl/Toman*, ÖBA 2016, 565 ff.

20) Eine ähnliche Überlegung gilt im Hinblick auf Smalltalk, der während solcher Gespräche zwischen dem Kunden und dem Wertpapierdienstleister abläuft. Während die ESMA offenbar auch die Aufzeichnung des Smalltalks verlangt (ESMA Q & A on MiFID II and MiFIR investor protection topics, ESMA 35 – 43-349, Answer 8 [10.10.2016]), hält *Ortner-Wolf* in Brandl/Saria, WAG 2018[2] (3. Lfg 2018) § 33 Rn 22 dies – uE zu Recht – für überschießend; siehe auch *Roth/Blessing*, CCZ 2017, 11 ff.

zeichnungspflicht gem § 33 Abs 2 WAG 2018. Aufzuzeichnen ist aber nur die Ton-, nicht aber auch die Bildspur. Visuelle Inhalte einer Videokonferenz sind nur insoweit festzuhalten, als das Bildmaterial für die Zwecke von § 33 WAG 2018 erforderlich ist, damit der Kunde Ansprüche durchsetzen kann bzw die FMA ihre Aufsichtsaufgaben vollziehen kann. Die Inhalte der Webcam des Kunden sind auch aus grundrechtlichen Überlegungen jedenfalls nicht von der Aufzeichnungspflicht umfasst. ◆

Literaturverzeichnis

Assmann / Schneider / Mülbert, Wertpapierhandelsrecht[7] (2019).

Brandl / Toman, MiFID II und Telefonaufzeichnungen, ÖBA 2016, 564.

Brandl / Saria, Wertpapieraufsichtsgesetz 2018[2] (Loseblatt ab 2018).

Roth / Blessing, Die Aufzeichnungspflichten betreffend Telefongespräche und elektronische Kommunikation, CCZ 2017, 8.

Schwark / Zimmer, Kapitalmarktrechtskommentar[5] (2020).

Winternitz / Beer / Steinmair, WAG 2018: Kurzkommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz (2018).

Webinar

Linde

EBA-Leitlinien für Kreditvergabe und Überwachung

Neue Standards im Kreditrisikomanagement von Banken

- Interne Governance-Regelungen für die Kreditentscheidung, -vergabe und -überwachung
- Kreditwürdigkeitsprüfung – die Verfahren zur Kreditvergabe
- Pricing: Adäquate Berücksichtigung von Risiken und Kosten
- Bewertung von Sicherheiten
- Überwachungssysteme & Frühwarnindikatoren
- Benchmarking

Für Neukredite ab 30. Juni 2021 anwendbar!

Dr. Thomas Gaber
KPMG

Mag. (FH) Philip Kudrna
KPMG

Bernhard Pechlaner, MSc, FRM
KPMG

19.5.2021 | 9:00-11:00 | Webinar | lindecampus.at