

Fragen und Antworten zur EU-Offenlegungsverordnung

(Stand: 05.09.2022)

Frage 1 (Stand: 23.04.2021):

Fallen Finanzanlagenvermittler mit Erlaubnis nach § 34f Gewerbeordnung (GewO) unter die Verordnung (EU) 2019/2088 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten (Offenlegungsverordnung) oder sind sie über die in Deutschland umgesetzte fakultative Ausnahme in Artikel 3 MiFID II von der Offenlegungsverordnung ausgenommen?

Antwort 1: (Stand: 23.04.2021):

Da Finanzanlagenvermittler gem. § 34f Abs. 1 GewO innerhalb der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG tätig sein müssen, sind sie kein Finanzdienstleistungsinstitut und mithin auch kein Wertpapierdienstleistungsunternehmen/keine Wertpapierfirma. Somit sind sie nicht Adressat der Offenlegungsverordnung. Wertpapierfirmen fallen wegen des Verweises in Artikel 2 Abs. 5 Offenlegungsverordnung nur dann unter die Verordnung, wenn sie die Definition in Artikel 4 Abs. 1 Nr. 1 MiFID II erfüllen. Für diese gilt jedoch die in Artikel 17 Abs. 1 Offenlegungsverordnung verankerte Ausnahmeregelung, da Deutschland nicht von der „Ausnahme der Ausnahme“ nach Abs. 2 Gebrauch macht.

Frage 2:

Die Europäische Kommission erläuterte in ihren Fragen und Antworten vom Juli 2021¹ (Seite 8) ihr Verständnis von „promote“ des Artikels 8 Offenlegungsverordnung der englischen Sprachfassung. Wie passt dieses Verständnis mit dem in der deutschen Sprachfassung verwendeten Wort „bewerben“ überein?

Antwort 2:

Die Europäische Kommission hat in ihrer Frage und Antwort vom Juli 2021 (Seite 8) zum Verständnis des Begriffs "promotion" erklärt:

¹ Link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/sfdr_ec_qa_1313978.pdf

„The term ‘promotion’ within the meaning of Article 8 of Regulation (EU) 2019/2088 encompasses, by way of example, direct or indirect claims, information, reporting, disclosures as well as an impression that investments pursued by the given financial product also consider environmental or social characteristics in terms of investment policies, goals, targets or objectives or a general ambition in, but not limited to, pre-contractual and periodic documents or marketing communications, advertisements, product categorisation, description of investment strategies or asset allocation, information on the adherence to sustainability-related financial product standards and labels, use of product names or designations, memoranda or issuing documents, factsheets, specifications about conditions for automatic enrolment or compliance with sectoral exclusions or statutory requirements regardless of the form used, such as on paper, durable media, by means of websites, or electronic data rooms.“

Aufgrund dieser Frage und Antwort der Europäischen Kommission kann „bewerben“ nicht mehr im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs „Werbung betreiben“ ausgelegt werden. Das Verständnis der Europäischen Kommission geht deutlich darüber hinaus.

Die BaFin legt „bewerben“ als „fördern“ aus, was zum einen eine alternative Übersetzung für das englische Wort „promote“ ist und zum anderen im Einklang mit dem Verständnis dieser Tatbestandsvoraussetzung des Artikel 8 Offenlegungsverordnung der Europäischen Kommission steht.

Diese Auslegung führt dazu, dass es für ein „promote“ nicht erforderlich ist, dass für ein Finanzprodukt Werbung betrieben wird, zum Beispiel in Form von Marketingmitteilungen oder Fernsehwerbung. Auch die Erfüllung gesetzlich vorgeschriebener Informationspflichten kann zu einem „promote“ führen. Dafür ist es aber nicht ausreichend, wenn ausschließlich Angaben zur Art und Weise getätigt werden, wie Nachhaltigkeitsrisiken im Sinne des Artikels 2 Nr. 22 Offenlegungsverordnung bei Investitionsentscheidungen einbezogen werden (vergleiche Artikel 6 Abs. 1 Offenlegungsverordnung sowie die oben genannte Frage und Antwort der Europäischen Kommission).

Das „Fördern“ muss zielgerichtet erfolgen und nach außen kommuniziert werden. Dem Fördern können aktive oder passive Anlagestrategien zugrunde liegen. Ein „Fördern“ liegt grundsätzlich jedoch nicht bereits bei einem reinen „Investiert sein“ in z.B. (ökologisch) nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten vor.

Frage 3:

Muss jede einem Finanzprodukt zugrundeliegende Investition zwingend auf Taxonomie-Konformität geprüft werden? Wie ist die Frage und Antwort der Europäischen Kommission vom Mai 2022² (ab Seite 9, insbesondere Seite 10) zur Angabepflicht einer Taxonomie-Quote nach Artikel 6 Taxonomieverordnung diesbezüglich zu verstehen?

Antwort 3:

Nach Einschätzung der BaFin ergibt sich aus der Antwort der Europäischen Kommission keine Pflicht, jede einem Finanzprodukt zugrundeliegende Investition auf „Taxonomie-Konformität“ hin zu prüfen und entsprechende Daten sammeln zu müssen. Klargestellt hat die Europäische Kommission zwar, dass für ein Finanzprodukt, das unter Artikel 8 Offenlegungsverordnung fällt und ökologische Merkmale fördert, stets die Publizitätspflichten nach Artikel 6 in Verbindung mit Artikel 5 Taxonomieverordnung zu erfüllen sind – und damit auch die Taxonomie-Quote – anzugeben ist. Diese Pflicht besteht auch unabhängig davon, ob dieses Produkt eine Verpflichtung zu einem Mindestanteil nachhaltiger Investitionen im Sinne des Artikel 2 Nr. 17 Offenlegungsverordnung umfasst. Dieser Ausweis der Taxonomie-Quote kann nach Ansicht der BaFin aber auch regelmäßig den Wert „Null“ haben.

In der gegenständlichen Frage und Antwort führt die Europäische Kommission hierzu aus:

„Therefore, where a financial market participant fails to collect data on the environmental objective or objectives set out in Article 9 of Regulation (EU) 2020/852 and on how and to what extent the investments underlying the financial product are in economic activities that qualify as environmentally sustainable under Article 3 of that Regulation by a given financial product, the precontractual and periodic product related disclosures must indicate zero.“

Bei dieser Formulierung bleibt aus Sicht der BaFin unklar, ob eine Investition mit „Null“ im Zähler der Taxonomie-Quote anzusetzen ist, wenn entweder gar keine Daten erhoben werden (Alternative 1) oder wenn die zumutbaren Anstrengungen zur Datenermittlung teilweise oder vollständig erfolglos waren (Alternative 2).

Die BaFin hält die Alternative 1 („keine Daten erhoben“) für grundsätzlich vertretbar. Durch dieses Verständnis wird den Finanzmarktteilnehmern, vor allem, wenn sie sich mit einem Finanzprodukt nicht zu ökologisch nachhaltigen Investitionen im Sinne des Artikels 2 Nr. 1 Taxonomieverordnung verpflichtet haben, die Entscheidungsfreiheit belassen, welchen Aufwand sie für die Angabe einer höheren Taxonomie-Quote betreiben wollen. Entsprechendes sollte bei einer Selbstverpflichtung für eine Mindestquote gelten, sofern diese erreicht ist. Durch diese Vorgehensweise wird eine gegebenenfalls geringere Taxonomie-Quote

² Link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/sfdr_ec_qa_1313978.pdf

ausgewiesen als tatsächlich vorhanden. Daher sieht die BaFin hier auch keine Gefahr eines Greenwashings.

Frage 4:

Die Europäische Kommission hat mit der Frage und Antwort zu Bestandsverträgen vom Mai 2022³ (Seite 6) zur Behandlung von Finanzprodukten, deren Vertrieb vor dem 10.03.2021 eingestellt wurde, klargestellt, dass für diese Bestandsverträge die Transparenzpflichten der Artikel 10 und 11 Offenlegungsverordnung zu erfüllen sind.

a) Die Antwort der Europäischen Kommission bezieht sich auf eine Frage, die nicht auf die zusätzlichen Offenlegungspflichten der Artikel 8 und 9 Offenlegungsverordnung eingeht. Bedeutet die Antwort der Europäischen Kommission, dass für alle Bestandsverträge die Offenlegungspflichten der Artikel 10 und 11 Offenlegungsverordnung gelten?

b) Viele Finanzmarktteilnehmer haben keine Vorbereitungen für eine Offenlegung der Bestandsverträge getroffen, deren Vertrieb vor dem 10.03.2021 eingestellt wurde, da sie im Einklang mit dem reinen Wortlaut davon ausgegangen sind, dass die produktbezogenen Offenlegungspflichten nicht für diese Bestandsverträge gelten. Sieht die BaFin Raum für eine generelle Umsetzungsfrist?

c) Sind für Bestandsverträge – unabhängig davon, wann deren Vertrieb eingestellt wurde – die vorvertraglichen Offenlegungspflichten der Artikel 6 und 7 und gegebenenfalls Artikel 8 oder 9 Offenlegungsverordnung nachträglich zu erfüllen?

Antwort 4:

a) Die Europäische Kommission geht in ihrer Antwort nicht auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Artikel 10 und 11 Offenlegungsverordnung ein. Daraus und aus dem fehlenden Bezug auf Artikel 8 und 9 Offenlegungsverordnung der Frage, die die Europäische Kommission beantwortet, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass für alle Bestandsverträge, deren Vertrieb vor dem 10.03.2021 eingestellt wurde, die Artikel 10 und 11 Offenlegungsverordnung zu erfüllen sind. Diese Verpflichtung betrifft nach Auslegung der Europäischen Kommission zu den Bestandsverträgen nur diejenigen, die die Tatbestandsvoraussetzungen des Artikel 8 oder 9 Offenlegungsverordnung erfüllen. Maßgeblicher Zeitpunkt für diese Beurteilung sind die Umstände zum Zeitpunkt der Vertriebsphase.

³ Link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/c_2022_3051_f1_annex_en_v3_p1_1930070.pdf

b) Auch wenn nur für die Bestandsverträge mit Angaben zur Nachhaltigkeitswirkung im Sinne von Artikel 8 oder 9 Offenlegungsverordnung, deren Vertrieb vor dem 10.03.2021 eingestellt wurde, die Offenlegungspflichten nach Artikel 10 und 11 Offenlegungsverordnung zu erfüllen sind, muss grundsätzlich bei allen Bestandsverträgen, auf die sich die Frage bezieht, untersucht werden, ob in der Vertriebsphase Angaben zur Nachhaltigkeitswirkung gegenüber dem Kunden, zum Beispiel auf der Homepage, in Vertragsbedingungen, in vorvertraglichen Informationen oder mit klassischen Werbemitteln, getätigt wurden. Für diese Analyse müssten Finanzmarktteilnehmer die archivierten Unterlagen „verfügbar machen“, durchlesen und bestimmen bzw. entscheiden, ob eventuelle damalige Angaben mit ESG-Bezug heute die Tatbestandsvoraussetzungen der Artikel 8 oder 9 Offenlegungsverordnung erfüllen.

Es erscheint sachgerecht, wenn Finanzmarktteilnehmer für Bestandsverträge, die seit mehr als zehn Jahren vor dem Erstanwendungszeitpunkt der Offenlegungsverordnung, also seit dem 10.03.2011, nicht mehr vertrieben wurden, pauschalierte Annahmen ihrer Analyse zugrunde legen, sofern ihnen keine gegenteiligen Erkenntnisse bekannt sind.

Vor dem Hintergrund der fehlenden Vorbereitung infolge einer für die Branche überraschenden Auslegung der Europäischen Kommission wird die BaFin den Umsetzungsaufwand und den damit verbundenen Zeitbedarf im Einzelfall bei ihrer aufsichtlichen Beurteilung angemessen berücksichtigen.

c) Nach Ansicht der BaFin bestehen bei Finanzprodukten, die nicht mehr vertrieben werden, nach der Offenlegungsverordnung – unbeschadet anderer Rechtsvorschriften – keine vorvertraglichen Offenlegungspflichten. Bei nicht mehr vertriebenen Finanzprodukten – unabhängig davon, wann deren Vertrieb eingestellt wurde – besteht keine vorvertragliche Aufklärungssituation mehr, in der (aktualisierte) vorvertragliche Nachhaltigkeitsangaben den potentiellen Endanleger erreichen. Die BaFin geht davon aus, dass dies für die Europäische Kommission offensichtlich ist und sich die Antwort dementsprechend auf die zu erfüllenden Pflichten konzentriert.

Hinweis:

Die Antworten der BaFin stehen insbesondere unter dem Vorbehalt einer künftigen, eventuell anders ausfallenden Auslegung durch die Europäische Kommission oder durch den Gemeinsamen Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden.