

## Beratungsprotokoll – Light durch MiFID II?

Stand: August 2015

Eine der spannendsten Diskussionen im Rahmen der MiFID II-Umsetzung ist das Schicksal des deutschen Beratungsprotokolls. Zuerst die schlechte Nachricht: Die Hoffnung, mit MiFID II das lästige Beratungsprotokoll los zu werden, hat sich nicht erfüllt. Das Europäische Parlament fand offensichtlich das deutsche Vorhaben nicht so schlecht und hat in Art. 25 Abs. 6 der MiFID II die Verpflichtung einer „Beratungsdokumentation“ aufgenommen. Wer eine Anlageberatung erbringt, der muss dem Kunden vor Durchführung eines Geschäfts eine sog. „Erklärung zur Geeignetheit“ auf einem dauerhaften Datenträger übermitteln, auf dem die erbrachte Beratung genannt ist und erläutert wird, wie die Beratung auf die Präferenzen, Ziele und sonstigen Merkmale des Kleinanlegers (Privatkunden) abgestimmt wurde.

Der sog. „Suitability-Bericht“ muss vor einer Orderausführung gegeben werden. Will der Kunde die Order bereits vor Erhalt des „Suitability-Berichts“ platzieren, muss er einer vorgezogenen Ausführung zustimmen und es muss ihm ein Widerspruchsrecht eingeräumt werden (entsprechend der deutschen Regelung zum Anlageberatungsprotokoll).

- Nach dem Final Report der ESMA soll die „Erklärung zur Geeignetheit“ einen Überblick über die erteilte Beratung geben und eine Begründung der Geeignetheit im Hinblick auf die Anlageziele, die Kenntnisse/Erfahrungen, die Risikobereitschaft und die Fähigkeit des Kunden, Verluste zu tragen, enthalten.
- In der Geeignetheitserklärung soll auch auf einen wahrscheinlichen Bedarf zur fortlaufenden Beobachtung des Investments hingewiesen werden.
- Ursprünglich hatte die ESMA gefordert, dass eine Erläuterung der mit der Empfehlung verbundenen Nachteile gegeben werden muss, auf dieses Kriterium hat die ESMA aber erfreulicherweise verzichtet.

Nun zu den guten Nachrichten: Die MiFID II und die ESMA verlangen kein Beratungsprotokoll nach deutschem Muster. Deutschland verlangt gegenwärtig ein Beratungsprotokoll mit folgendem Inhalt:

1. den Anlass der Anlageberatung,
2. die Dauer des Beratungsgesprächs,
3. die der Beratung zugrunde liegenden Informationen über die persönliche Situation des Kunden, einschließlich der nach § 31 Absatz 4 Satz 1 des Wertpapierhandelsgesetzes einzuholenden Informationen (den sogenannten WpHG-Bogen), sowie über die Finanzinstrumente und Wertpapierdienstleistungen, die Gegenstand der Anlageberatung sind,

4. die vom Kunden im Zusammenhang mit der Anlageberatung geäußerten wesentlichen Anliegen und deren Gewichtung,
5. die im Verlauf des Beratungsgesprächs erteilten Empfehlungen und die für diese Empfehlungen genannten wesentlichen Gründe.

Die europäische Vorgabe bleibt demgegenüber deutlich zurück. Das stellt auch die ESMA in ihrem „technical advice“ fest. Verlangt wird nach MiFID II lediglich eine „Erklärung zur Geeignetheit“. Dem Kunden gegenüber muss nur erläutert werden, wie die Beratung auf die Präferenzen, Ziele und sonstigen Merkmale des Kleinanlegers (Privatkunden) abgestimmt wurde. Dazu würde es eigentlich vollkommen ausreichen, wenn dem Kunden gegenüber dokumentiert würde, wie die Geeignetheitsprüfung aus § 31 Abs. 4 WpHG durchgeführt wurde. Es wäre lediglich zu dokumentieren, ob das dem Kunden empfohlene Geschäft den Anlagezielen des Kunden entspricht, die hieraus erwachsenen Anlagerisiken für den Kunden finanziell tragbar sind und ob der Kunde mit seinen Kenntnissen und Erfahrungen die hieraus erwachsenen Anlagerisiken verstehen konnte (so auch die jetzigen Anforderungen in § 31 Abs. 4 Satz 2 WpHG).

Dazu ließen sich aus dem WpHG-Bogen und den Angaben des Kunden Textbausteine entwickeln und auf elektronischer Basis sehr elegante Lösungen generieren. Das hatten wir Praktiker auch ursprünglich einmal für das deutsche Beratungsprotokoll vorgesehen. Die BaFin war damit allerdings nicht zufrieden und hat sehr schnell in die MaComp die Forderung aufgenommen, es dürften nicht nur Textbausteine verwendet werden, sondern es müssten auch Freitextfelder und „Raum für Individualisierung“ vorgehalten werden.

MiFID II verlangt die „Erklärung zur Geeignetheit“ zudem auch nur dann, wenn ein Geschäft durchgeführt werden soll. Die „Erklärung zur Geeignetheit“ wäre daher eigentlich nicht erforderlich, wenn der Kunde gar keine Wertpapierorder platziert und sich nach einer Anlageberatung dafür entscheidet, nichts zu tun. Will er nicht investieren, könnte man auf die Erklärung zur Geeignetheit auch verzichten. Das ist eine alte Forderung der Branche an die deutsche Politik und das entspräche nun den europäischen Vorgaben. Auch bei einer reinen Halteempfehlung ließe die europäische Vorgabe zu, auf ein Beratungsprotokoll zu verzichten. Nur bei der Empfehlung zu Käufen und Verkäufen müsste die „Erklärung zur Geeignetheit“ erstellt werden, wenn sich der Kunde auch für eine Transaktion entscheidet.

Im Rahmen der Diskussion um das Beratungsprotokoll hat der inzwischen zuständige Staatssekretär für Verbraucherschutzfragen im Justizministerium, Gerd Billen, bereits Entgegenkommen signalisiert. Im Herbst letzten Jahres fanden Fachveranstaltungen im Justizministerium zu dem Thema Anlageberatungsprotokoll statt. Das Ministerium hat ein gewisses Entgegenkommen signalisiert, die Verantwortlichen wollen die bestehende Regelung auf ihre Praktikabilität prüfen.

Ob Deutschland aber tatsächlich das Beratungsprotokoll abschafft und auf die „Erklärung zur Geeignetheit“ einschränkt, muss letztlich der Bundestag im Rahmen der MiFID II-Umsetzung

entscheiden. Nutzen Sie die Gelegenheit sich einzubringen, jede Stimme eines Praktikers zählt und kann zu wichtigen Erleichterungen führen.

Mit den besten Grüßen für eine schöne Sommerzeit verbleibe ich  
Ihr

Dr. Christian Waigel  
Rechtsanwalt