

Der Übergang vom Beratungsprotokoll zur Geeignetheitserklärung wird holprig

Stand: Januar 2019

Im Laufe des letzten Jahres hat sich angedeutet, dass der Wechsel vom Beratungsprotokoll zur Geeignetheitserklärung nicht einfach werden wird. Eigentlich hatte man auf Basis der politischen Ankündigungen mit Erleichterungen gerechnet. Das alte Beratungsprotokoll litt an erheblichen gesetzgeberischen Schwächen, teilweise waren die Gesetzesformulierungen aus dem Versicherungsbereich entliehen, mit den MiFID-Vorgaben nicht harmonisiert, kompliziert und die Anwendung praxisfern. Daher waren einige Hoffnungen auf die Neufassung durch die MiFID II gerichtet, wo sich die Verpflichtung findet, dem Kunden eine Erklärung zur Geeignetheit zu übermitteln, in der die erbrachte Beratung genannt und erläutert wird, wie die Beratung auf die Präferenzen, Ziele und sonstigen Merkmale des Kleinanlegers abgestimmt wurde (Art. 25 Abs. 6 MiFID II).

Daraus haben wir Praktiker abgeleitet, in Zukunft sei keine Individualisierung des Beratungsprotokolls mehr erforderlich, vielmehr müsse dem Kunden in einer Erklärung mitgeteilt werden, warum die Empfehlung für ihn geeignet sei. Diese Hoffnung trübte sich ein, als mit den Delegierten Rechtsakten eine Konkretisierung erfolgte und auch Informationen gegeben werden sollten, inwieweit die Empfehlung den Zielen und persönlichen Umständen des Kunden hinsichtlich Anlagedauer, Kenntnissen und Erfahrungen, seiner Risikobereitschaft und Verlusttragfähigkeit gerecht werde. Man ging aber nach wie vor davon aus, keine individuelle Begründung liefern zu müssen. Die Hoffnung speiste sich auch aus der Gesetzesbegründung zu dem Finanzmarktnovellierungsgesetz:

„Wertpapierdienstleistungsunternehmen müssen Kunden, sofern sie Anlageberatungen erbringen, eine Geeignetheitserklärung vor Vertragsschluss zur Verfügung stellen. Die Pflicht zur Erstellung einer Geeignetheitsprüfung tritt an die Stelle des bisherigen Beratungsprotokolls, das aufgrund der nunmehr europaweit harmonisierten Aufzeichnungs- und Protokollierungspflichten nicht mehr erforderlich ist und entfallen kann. Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind dafür verantwortlich, die Geeignetheitsprüfung durchzuführen und die schriftliche Erklärung zur Geeignetheit zur Verfügung zu stellen.“

Auch aus dieser Formulierung ließ sich schließen, dass es sich um eine (Geeignetheits-) Erklärung handeln darf und nicht um eine individuelle Begründung handeln muss. Es wird auch ausführlich darauf hingewiesen, dass die Pflicht zur Erstellung der Geeignetheitserklärung an die Stelle des bisherigen Beratungsprotokolls treten soll. Die Gesetzesbegründung spricht sogar von einer „schriftlichen Erklärung zur Geeignetheit“.

Die Hoffnung trübten sich aber mit den ersten Veröffentlichungen der BaFin ein. Im BaFin Journal vom September 2018 fordert die BaFin, alle Informationen, die für die

Geeignetheitsprüfung erforderlich seien, in die Geeignetheitserklärung aufzunehmen. Erforderlich sei eine Begründung, die einschließen muss, warum das Finanzinstrument geeignet ist – also inwiefern der Berater die Auswahl der Finanzinstrumente auf die Kundenwünsche abgestimmt hat. Dazu müsse der Berater die Eigenschaften des empfohlenen Finanzinstruments qualitativ mit den Kundenangaben abgleichen. Dazu sei eine Begründung ohne individuellen Bezug zu den Kundenangaben nicht ausreichend. Notwendig sei eine individuelle Empfehlungsbegründung.

Noch deutlicher wird die BaFin in den auf ihrer Homepage veröffentlichten Fragen und Antworten zur MiFID II. Alle für die Geeignetheitsprüfung erforderlichen Informationen müssten in die Geeignetheitserklärung aufgenommen werden mit der Folge, dass Geeignetheitsprüfung und Geeignetheitserklärung deckungsgleich seien. Die Verwaltungspraxis der BaFin entwickelt sich dahin, dass zu den Kriterien Anlagedauer, Kenntnissen und Erfahrungen, Risikobereitschaft und Verlusttragfähigkeit jeweils individuelle Abklärungen mit den Angaben des Kunden aus dem WpHG-Bogen erforderlich sind und dokumentiert werden müssen.

Damit wird die Erstellung eines Beratungsprotokolls nicht einfacher und gewinnt gegenüber dem alten Beratungsprotokoll sogar noch an Komplexität. Die BaFin lässt systemische Lösungen zu, diese sind aber komplex:

Für eine systemische Lösung, die den Anforderungen der BaFin genügt, könnten die WpHG-Bögen elektronisch erstellt werden und für die Kategorien Anlagedauer, Kenntnisse und Erfahrungen, Risikobereitschaft und Verlusttragfähigkeit verschiedene (elektronische) Ankreuzvarianten vorgesehen werden. Für diese Ankreuzvarianten könnten individuelle Textbausteine definiert werden, die später in die Erklärung zur Geeignetheit Eingang finden.

Soll dem Kunden z.B. ein Derivat empfohlen werden, müsste er als Risikobereitschaft im WpHG-Bogen ein Totalverlustrisiko akzeptieren. Der Textbaustein würde z.B. lauten:

„Sie haben als Risikobereitschaft ein Totalverlustrisiko angegeben.“

In einem zweiten Schritt könnten für die empfohlenen Wertpapiere Abgleiche mit den Zielmarktkriterien durchgeführt werden. Z. B. in dem genannten Beispiel des Kaufs von Derivaten müsste der Textbaustein für die Geeignetheitserklärung durch das System um einen weiteren Satz ergänzt werden:

„Der Zielmarkt des Ihnen empfohlenen Wertpapiers beinhaltet als erforderliche Risikobereitschaft ein Totalverlustrisiko. Ihre Risikobereitschaft entspricht daher dem Zielmarkt des empfohlenen Wertpapiers. [...] Damit ist die Empfehlung für Sie geeignet.“

Wie an dem obigen Beispiel deutlich wird, verbindet eine systemisch sinnvolle Lösung die Erstellung der Geeignetheitserklärung mit dem Zielmarktvergleich. Eine solche Lösung ist systemisch aufwendig und nicht profan. Will man diese Lösung vermeiden, wird man nicht umhinkommen, den Anlageberatern durch deutliche Anweisungen, z. B. in Organisationshandbüchern, eine Wegleitung für die Erstellung der Geeignetheitserklärung an die Hand zu geben.

Möglicherweise ist auf europäischer Ebene das letzte Wort noch nicht gesprochen, angeblich wird das Thema auch von der ESMA noch einmal auf die Agenda gesetzt. Die Haltung der

BaFin ist aber leider schon relativ klar.

Ihr

Dr. Christian Waigel
Rechtsanwalt