

## Geeignetheitserklärung statt Beratungsprotokoll Neues zur Umsetzung von MiFiD II

Dr. Martin Andreas Duncker, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater Fachanwälte, Heidelberg / Mannheim  
SCHLATTER Informationen für Finanzdienstleister vom 08.06.2017

Das 2. Finanzmarktnovellierungsgesetz (2. FiMaNoG) sieht unter anderem eine Vielzahl von Änderungen für das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) vor, dass Wertpapierdienstleister, also insbesondere Banken und Sparkassen, zu beachten haben. Mittelbar ergeben sich aus den geplanten Änderungen des WpHG auch Anhaltspunkte für zukünftige Regelungen für Finanzanlagenvermittler nach § 34f GewO. Die geplante Neuregelung des WpHG sieht unter anderem vor, dass Wertpapierdienstleister künftig keine „Beratungsprotokolle“, sondern „Geeignetheitserklärungen“ erstellen und dem Kunden übergeben müssen. Auch wenn die Details noch nicht bekannt und die geplanten Neuregelungen der FinVermV noch nicht veröffentlicht sind, wagen wir einen ersten Ausblick.

### Neu? Geeignetheitserklärung im WpHG

Umgangssprachlich wird es schlicht „MiFiD II“ genannt, konkret werden die anstehenden Änderungen durch verschiedene Gesetze und Verordnungen umgesetzt. Das Zweite Finanzmarktnovellierungsgesetz (2. FiMaNoG) enthält die Vorgaben der überarbeiteten Finanzmarkttrichtlinie (MiFID II) nebst der dazugehörigen Verordnung (MiFIR) und setzt die Vorgaben der Richtlinie um, unter anderem im WpHG. Durch das am 30.03.2017 verabschiedete 2. FiMaNoG werden in einem neuen Abschnitt 11 (zuvor Abschnitt 6) unter anderem die erweiterten Verhaltens- und Organisationspflichten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen festgelegt. Die Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 und die neue WpDVerOV – derzeit noch im Entwurf – konkretisieren in Zukunft die Wohlverhaltens- und Organisationspflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen in Deutschland.

§ 64 WpHG-E enthält in den Regelungen für „Besondere Verhaltensregeln bei der Erbringung von Anlageberatung und Finanzportfolioverwaltung“ die Anordnung, dass bei der Anlageberatung – statt wie bisher ein Beratungsprotokoll – zukünftig eine **Geeignetheitserklärung** zu erstellen ist. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus: „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. Wertpapierdienstleistungsun-

ternehmen sind dafür verantwortlich, die Geeignetheitsprüfung durchzuführen und die schriftliche Erklärung zur Geeignetheit zur Verfügung zu stellen.“ Ergänzend müssen die Wertpapierdienstleister dem Kleinanleger zudem „bei der Vornahme einer Anlageberatung einen Bericht mit einem Überblick über die erteilten Ratschläge und Angaben dahingehend zukommen lassen, inwiefern die abgegebene Empfehlung zum betreffenden Kleinanleger passt, was auch Informationen darüber mit einschließt, inwieweit sie den Zielen und persönlichen Umstände des Kunden hinsichtlich der erforderlichen Anlagedauer, der Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden sowie seiner Risikobereitschaft und Verlusttragfähigkeit gerecht wird“ (Art. 54 der Delegierte Verordnung (EU) 2017/565). Die Verpflichtung zur Verwendung einer solchen Geeignetheitserklärung und Zurverfügungstellung vor Ausführung des Geschäfts betrifft nur die Anlageberatung von Privatkunden.

### Beratungsprotokoll abgeschafft – alles neu durch die Geeignetheitserklärung?

An die Stelle des bisherigen Beratungsprotokolls wird also zukünftig die sogenannte „Geeignetheitserklärung“ treten. Dass an dieser Stelle das Rad neu erfunden wird, ist unwahrscheinlich: Schon heute besteht die Pflicht, die vom Kunden geäußerten wesentlichen Anliegen, deren Gewichtung, die im Verlauf des Beratungsgesprächs erteilten Empfehlungen und die für diese Empfehlungen genannten wesentlichen Gründe zu protokollieren (§ 14 Abs. 6 WpDVerOV; § 18 Abs. 2 FinVermV).

Auch heute besteht aufsichts- und zivilrechtlich selbstverständlich die Pflicht zur Durchführung einer Geeignetheitsprüfung in der Anlageberatung – für Banken und Sparkassen ebenso wie für Finanzanlagenvermittler nach der GewO.

## *Mehr Detailtiefe in der Dokumentation*

Nach dem jetzigen Kenntnisstand wird die Geeignetheitserklärung wohl in vielen Punkten mit dem bisherigen Beratungsprotokoll vergleichbar sein. Es zeichnet sich allerdings ab, dass der Auswahl- und Empfehlungsprozess zukünftig detaillierter als bisher durch den Berater dokumentiert und verständlich für den Kunden zusammengefasst werden muss. Zudem enthalten die Neuregelungen bei der Beratung zur Umschichtung des Portfolios die Pflicht zur Durchführung eine „Kosten-Nutzen-Analyse“.

Die Geeignetheitserklärung muss zukünftig nicht nur die erbrachte Beratung benennen, sondern auch konkrete Angaben dazu enthalten, wie die Anlageberatung auf die Anlageziele, Präferenzen, und die sonstigen Merkmale des Kunden abgestimmt wurde („*inwiefern / inwieweit*“). In vielen uns bekannten Protokollen sind solche Angaben allerdings bereits heute schon enthalten.

## *Auswirkungen auf die FinVermV*

Die Änderungen des WpHG und die Anwendung der Delegierten Verordnung sind nicht

unmittelbar auf Finanzanlagevermittler i. S. d. GewO anzuwenden. Bisher gibt es keine Verlautbarungen und offiziellen Entwürfe zur entsprechend überarbeiteten FinVermV.

Es ist allerdings zu erwarten, dass die Regelungen der FinVermV in Zukunft ebenfalls geändert und – wie bisher – zum Großteil an die Vorgaben des WpHG angepasst werden. Damit bieten die bevorstehenden Neuregelungen einen guten Anlass für 34f-Finanzanlagenvermittler, den eigenen Beratungsprozess zu überprüfen, zu optimieren und die Dokumentation entsprechend anzupassen.

## *Fazit*

Die bisherigen Protokolle haben sich in der Praxis für die Finanzdienstleister bewährt, sind seit Jahren fester Bestandteil der Beratungspraxis und in die Kundengesprächsabläufe und (häufig komplexe) EDV-Struktur der Banken, Sparkassen und Finanzdienstleister eingebunden. Eine komplette inhaltliche Neuausrichtung ist nicht erforderlich und europarechtlich nicht geboten. Wenn die neuen Regelungen im Wortlaut bekannt sind, sollten die Finanzdienstleister dies zum Anlass nehmen, ihre bisherigen Protokolle sachkundig prüfen lassen. Dann wird sich zeigen, in welchen Bereichen konkreter Anpassungsbedarf besteht. Bis sich der Gesetzgebungsnebel weiter lichtet, sollte die weitere Diskussion zwar aufmerksam, aber mit einer gewissen Gelassenheit verfolgt werden.



Dr. Martin Andreas Duncker  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Zertifizierter Compliance-Officer (IHK Zertifikat, TÜV Zertifikat)

## **Schlatter**

Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater  
Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Kurfürsten-Anlage 59  
69115 Heidelberg  
Telefon +49.6221.9812-60  
Telefax +49.6221.9812-76  
m.duncker@kanzlei-schlatter.de  
www.kanzlei-schlatter.de



**Kurzprofil:** Das Kompetenz-Team Bank- und Kapitalmarktrechts der Kanzlei Schlatter verfügt als Kanzlei in der Metropolregion Rhein-Neckar über ein Team von vier Anwälten im Bereich Bank- und Kapitalmarktrecht, davon drei Fachanwälte im Bank- und Kapitalmarktrecht. Das Kompetenz-Team betreut seit vielen Jahren Finanzdienstleister, Banken und Zahlungsinstitute, insbesondere bei Haftungsfragen (z.B. bei der Abwehr von Schadensersatzansprüchen wegen des Vorwurfs von Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen) oder in der rechtlichen Gestaltung.

**Rechtlicher Hinweis:** Mit diesen Ausführungen stellen wir rechtlich interessante Themen aus unserem Fachbereich im Überblick vor. Diese Ausführungen können die rechtliche Thematik zwangsläufig nicht umfassend darstellen. Diese Information stellt keine Rechtsberatung dar, begründet kein Mandatsverhältnis und kann eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.