

Dokumentationspflicht in der Anlageberatung und Anlagevermittlung

Warum ist die Dokumentation so wichtig?

- Transparenz und Nachvollziehbarkeit
- **Beweissicherung**
- Rechtliche Anforderungen
- Kunden- bzw. Verbraucherschutz
- Risikomanagement
- Kontinuität und Qualitätskontrolle
- Stärkung des Vertrauens der Kunden

■ Gesetzliche Anforderungen und regulatorischer Hintergrund (I)

- **MiFID II** (Markets in Financial Instruments Directive II): Europäische Richtlinie, die die **Regulierung** der Finanzmärkte **innerhalb der EU harmonisiert** und die **Anforderungen** an die Dokumentation von Finanzdienstleistungen **festlegt**.
- **MiFIR** (Markets in Financial Instruments Regulation): Enthält neben MiFID II **zusätzliche Anforderungen** an die Transparenz und Berichterstattung von Finanzinstrumenten.
- **IDD** (Insurance Distribution Directive): Betrifft die **Vermittlung von Versicherungsprodukten** und legt Regeln für die Dokumentation von Versicherungsvermittlungsaktivitäten fest.

■ Gesetzliche Anforderungen und regulatorischer Hintergrund (II)

- **WpHG** (Wertpapierhandelsgesetz): Regelt die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und legt Anforderungen an die Dokumentation von Beratung und Vermittlung von Finanzinstrumenten fest.
- **WpDVerOV** (Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung): Konkretisiert die Anforderungen des WpHG und legt unter anderem fest, welche Informationen in der Beratungsdokumentation enthalten sein müssen.
- **FinVermV** (Finanzanlagenvermittlungsverordnung): Regelt die Dokumentationspflichten für Finanzanlagenvermittler und legt fest, welche Informationen in der Beratungsdokumentation enthalten sein müssen.
- **WpDPV** (Wertpapierdienstleistungs-Dokumentationspflichtenverordnung): Legt die Einzelheiten zur Dokumentation von Beratungs- und Vermittlungstätigkeiten nach dem WpHG fest.

Pflicht zur Dokumentation und Protokollierung aller Beratungsgespräche

- BGH 2006 (Urt. v. 24.01.2006 – XI ZR 320/04): Keine schriftliche Dokumentationspflicht hinsichtlich der Erfüllung der Aufklärungs- und Beratungspflicht gegenüber Kapitalanlegern. Die Verletzung von Beratungs- und Aufklärungspflichten ist allein vom Kapitalanleger zu beweisen. Eine Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr besteht nicht.
- **Seit 2010:** Pflicht zur Dokumentation und Protokollierung aller Beratungsgespräche betreffend eine Anlageberatung für Privatanleger. >>> **Beweislastumkehr und Deckungsschutzproblem**
- Für Beratungen hinsichtlich Versicherungen gilt bereits seit längerem eine entsprechende Verpflichtung.
- Verpflichtende Dokumentation soll Anleger vor Falschberatungen und Fehlentscheidungen schützen sowie die Qualität der Beratung verbessern.

Aufzeichnungspflicht, § 22 FinVermV

- § 22 Abs. 1 FinVermV: „Der Gewerbetreibende hat von der Annahme des Auftrags an nach Maßgabe der Absätze 2 und 3 **Aufzeichnungen zu machen sowie Unterlagen und Belege übersichtlich zu sammeln**. Die Aufzeichnungen sind unverzüglich und in deutscher Sprache vorzunehmen.“
- § 22 Abs. 2 FinVermV regelt die aufzeichnungspflichtigen Tatbestände.
 - Gem. § 22 Abs. 2 Nr. 1 FinVermV müssen Name, Vorname und Anschrift des Anlegers sowie ggf. seine Firma dokumentiert werden. Die Aufzeichnung dieser Daten ist zur Feststellung der Identität des Auftraggebers und zur Zuordnung der weiteren aufzeichnungspflichtigen Tatbestände zu dem jeweiligen Auftrag erforderlich.
 - Gem. § 22 Abs. 2 Nr. 1a bis 5 FinVermV sind Nachweise über die Einhaltung der Pflichten aus §§ 12, 13 und 15 bis 18 FinVermV zu sammeln und dokumentieren.

Entfallen der Aufzeichnungspflicht

- **Aufzeichnungspflicht entfällt**, wenn eine der in den § 22 Abs. 2 Nr. 2 bis 5 FinVermV geregelten Pflichten im Einzelfall nicht einschlägig ist.
- Bspw., wenn der Gewerbetreibende keine Anlageberatung, sondern eine **Anlagevermittlung** durchführt. In diesem Fall finden die Pflichten zur Bereitstellung eines Informationsblatts nach § 15, zur Einholung von Informationen nach § 15 Abs. 1 und zur Anfertigung und Aushändigung der Geeignetheitserklärung nach § 18 finden keine Anwendung.
- Aufzeichnung muss **eindeutig erkennen lassen**, dass der Gewerbetreibende keine Anlageberatung, sondern eine Anlagevermittlung durchgeführt hat.

■ Geeignetheitsprüfung, § 16 FinVermV

- **Geeignetheitsprüfung** beginnt **vor jeder Anlageberatung** mit der sog. **Kundenexploration**, in deren Rahmen alle Informationen über
 1. die **Kenntnisse** und **Erfahrungen** des Kunden,
 2. seine **finanziellen Verhältnisse** sowie
 3. seine **Anlageziele**, einschließlich seiner **Risikotoleranz**,einzuholen sind, die erforderlich sind, um dem Kunden eine geeignete Finanzanlage empfehlen zu können.
- Auf Grundlage der **eingeholten Informationen** ist **anschließend zu prüfen**, ob die **Finanzanlage für den Kunden geeignet** und der für die Finanzanlage festgelegte Zielmarkt eingehalten ist. Sofern der **Test negativ** ausfällt, darf die Finanzanlage **nicht empfohlen** werden.

Anfertigung einer Geeignetheitserklärung, § 18 FinVermV

- Mit Änderung des § 18 FinVermV am 01.08.2020 wurde die bisherige Pflicht zur Anfertigung eines **Beratungsprotokolls** durch eine Geeignetheitserklärung ersetzt.
- Dem Anleger muss auf einem **dauerhaften Datenträger vor Vertragsschluss** eine Erklärung über die Geeignetheit der im Rahmen der Anlageberatung gegebenen Empfehlung (Geeignetheitserklärung) zur Verfügung gestellt werden.
- Geeignetheitserklärung muss die **erbrachte Anlageberatung nennen** und erläutern, wie sie auf die **Präferenzen, Anlageziele** und die **sonstigen Merkmale** des Anlegers abgestimmt wurde.
- **Pflicht** zur Erstellung und Zurverfügungstellung der Geeignetheitserklärung gilt nicht gegenüber professionellen Kunden i. S. d. § 67 Abs. 2 WpHG und **Privatkunden**, die als professionelle Kunden i. S. d. § 67 Abs. 6 WpHG eingestuft werden.

Zweck der Geeignetheitserklärung

- **Geeignetheitserklärung** soll dem Anleger ermöglichen, **vor Vertragsschluss** die **Gründe der Empfehlung** nachzuvollziehen, damit er eine fundierte Anlageentscheidung treffen kann.
- **Vertrag** über das empfohlene Geschäft darf grundsätzlich **erst geschlossen** werden, **nachdem** der Anleger die **Geeignetheitserklärung erhalten** hat. **Ausnahmen** bestehen nur, wenn die Beratung bspw. telefonisch erfolgt und der Anleger darauf besteht, dass der Vertrag sofort geschlossen wird. Dann darf die Geeignetheitserklärung auch erst nach Vertragsschluss zur Verfügung gestellt werden (vgl. § 18 Abs. 2 FinVermV).
- Geeignetheitserklärung liefert der BaFin **wichtige Informationen** darüber, ob die Anforderungen an eine Anlageberatung eingehalten werden.

Zweite Mystery-Shopping-Aktion der BaFin

- **BaFin** hat erneut **Testkäufer in Wertpapierdienstleistungsinstitute** geschickt, um dort verdeckt die Anlageberatung zu prüfen. Deutschlandweit wurden 16 Institute getestet und insgesamt 100 Testkäufe durchgeführt.
- Teilweise wurden **erhebliche Defizite** festgestellt. In 40 % der Anlageberatungen erhielten Testkäufer **keine Geeignetheitserklärung** und in 67 % **keine Ex-ante-Kosteninformation**, obwohl beide gesetzlich vorgeschrieben sind.
- **Positiv aufgefallen** ist, dass 87 % der Testkäufer in der Beratung nach ihren **Nachhaltigkeitspräferenzen** befragt worden sind und die überwiegende Zahl der ausgesprochenen **Empfehlungen** dabei den im Beratungsgespräch **geäußerten Nachhaltigkeitspräferenzen entsprach**.

Angemessenheitsprüfung und Execution-Only

- Für Gewerbetreibende, die keine Anlageberatung, sondern lediglich die **Anlagevermittlung** erbringen, verbleibt es bei der Pflicht zur **Angemessenheitsprüfung** gemäß § 16 Abs. 2 FinVermV.
- „**Execution Only**“-Ausnahme, § 16 Abs. 5 FinVermV: Verpflichtung zur Durchführung einer Angemessenheitsprüfung gilt dann nicht, wenn auf Veranlassung des Kunden nur Anlagevermittlung in Bezug **auf Anteile oder Aktien an Investmentvermögen** erbracht wird, die die **Anforderungen der OGAW-Richtlinie** erfüllen. Der Kunde ist darauf **hinzuweisen**, dass eine **Angemessenheitsprüfung nicht erfolgt**.

Pflicht zur Aufzeichnung von Telefongesprächen und elektronischer Kommunikation, § 18a FinVermV

- Erfolgt die Beratung oder **Auftragserteilung per Telefon oder elektronisch**, so muss deren Inhalt aufgezeichnet werden (Taping).
- Der Anleger muss **über die Aufzeichnung vorab informiert** werden. Sofern er der Aufzeichnung **widerspricht**, darf die **Beratung nicht** auf diesem Weg **erbracht werden**.
- Der Anleger kann bis zum Ablauf der Aufbewahrungsfrist nach § 23 **jederzeit eine Kopie der Aufzeichnung verlangen**.
- In § 23 FinVermV wurde die bisherige Pflicht des Gewerbetreibenden, Unterlagen und Aufzeichnungen auf einem dauerhaften Datenträger fünf Jahre aufzubewahren, auf **zehn Jahre ausgedehnt**. Der Grund hierfür ist, dass Finanzanlagen oftmals auf eine längere Laufzeit als fünf Jahre ausgelegt sind.

■ Prüfungspflicht, § 24 FinVermV

- Die **Einhaltung** der sich aus den §§ 11a bis 23 FinVermV ergebenden **Verpflichtungen** muss jedes Kalenderjahr durch einen **geeigneten Prüfer überprüft** werden und der Prüfungsbericht der für die Erlaubniserteilung zuständigen Behörde bis spätestens zum 31. Dezember des darauffolgenden Jahres übermittelt werden.