



Foto: istockphoto | swoodie71

Bafin-Konkretisierung bringt neue Hürden

Mifid II ist in Kraft. Die Auslegung des Regelwerks bleibt aber schwierig. Auch die Geeignetheitserklärung und das Zuwendungsverzeichnis werfen noch Fragen auf. Die Bafin hat einige Antworten geliefert – und neue bürokratische Lasten. Das Provisionsmodell wird dabei in Frage gestellt

von Elton Mikulic, Rechtsanwalt bei Otto Mittag Fontane

Seit dem 3. Januar 2018 sind die neuen Mifid-II-Regelungen in Kraft. Trotz eines einjährigen Aufschubs der Umsetzung in nationales Recht herrscht bei den betroffenen Unternehmen und bei den Anlegern aber weiter Unsicherheit hinsichtlich konkreter Einzelfragen. Um mehr Klarheit und Rechtssicherheit zu schaffen, veröffentlichte die Bafin im November 2017 im Rahmen eines Konsultationsverfahrens einen Entwurf der Überarbeitung des Rundschreibens 4/2010 („MaComp“), zu dem die betroffenen Marktteilnehmer bis Ende November 2017 Stellung nehmen konnten. Unter den darin angesprochenen Themen sind für die Anlageberatung insbesondere die Konkretisierungen und Klarstellungen hinsichtlich der nunmehr erforderlichen Geeignetheitserklärung und dem Zuwendungs- und Verwendungsverzeichnis von Interesse.

Frist von fünf Werktagen

Die Klarstellungen der Bafin im Modul BT 6 der MaComp betreffen zunächst den Zeitpunkt der obligatorischen Zurverfügungstellung der Geeignetheitserklärung. Demnach ist diese grundsätzlich vor „Vertragsschluss“, also vor Eingehen eines schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrags (Ordererteilung) bereitzustellen. Den Ausnahmetatbestand bei Einsatz von Fernkommunikationsmitteln, gemäß dem eine Zurverfügungstellung auch erst „unmittelbar“ nach Vertragsschluss möglich ist, sieht die

Bafin dann als erfüllt an, wenn die Geeignetheitserklärung spätestens fünf Werktage nach Vertragsschluss übermittelt wird.

Darüber hinaus wird in diesem Modul die Frage behandelt, ob auch bei der Empfeh-



Elton Mikulic,
Otto Mittag Fontane, Frankfurt am Main

lung, ein Anlageprodukt **nicht** zu kaufen beziehungsweise bei einer Halteempfehlung eine Geeignetheitserklärung verpflichtend ist (siehe dazu *DZB 01.2017*). Wie zu erwarten war, stellt sich die Bafin hier auf den Standpunkt, dass auch in solchen Fällen dem Kunden zeitnah – innerhalb von fünf Werktagen nach der Beratung – eine Geeignetheitserklärung zu übermitteln ist. Dies soll auch dann gelten, wenn es sich bei den beratenen Personen nicht um bisherige Kunden des Unternehmens handelt. In ih-

ren Stellungnahmen haben sich Bankenverbände bereits gegen eine solche extensive Auslegung des Begriffs Anlageberatung gewendet. Denn sie wird zu erhöhten bürokratischen Belastungen bei anlageberatenden Unternehmen führen. Wie sich die Bafin in diesem Punkt entscheiden wird, ist noch offen, allerdings sprechen vorliegende Stellungnahmen der ESMA eher dagegen, dass es hier noch zu einem Umdenken kommt.

Zum notwendigen Inhalt der Geeignetheitserklärung enthält der Entwurf der überarbeiteten MaComp indes leider keine weiteren Präzisierungen. Interessant gewesen wäre dabei insbesondere die Frage, inwieweit die Geeignetheitserklärung auf weitere Dokumente verweisen darf, die der Kunde bereits erhalten hat. Dies bleibt offen.

Vorschriften vollständig überarbeitet

Die Vorschriften zur Führung eines Zuwendungs- und Verwendungsverzeichnisses hat die Bafin hingegen in einem neuen Modul vollständig überarbeitet (BT 10 der MaComp). Obwohl eigentlich erwartet worden war, dass es hier nur zu kleineren technischen Konkretisierungen der bereits seit 2013 bestehenden Verpflichtungen kommen würde (siehe dazu *DZB 04.2016*), hält der neue MaComp-Entwurf dann doch gleich mehrere Überraschungen bereit.

So präzisiert die Bafin in dem neuen Modul 10 der MaComp, dass sowohl das Zuwendungs- als auch das Verwendungs-

verzeichnis „fortlaufend“ zu führen sind. Diese Präzisierung kam insofern überraschend, als sich aus den gesetzlichen Vorschriften lediglich entnehmen lässt, dass die Verzeichnisse zu führen und jährlich unverzüglich nach Abschluss des Geschäftsjahres, also innerhalb der für die Erstellung des Jahresabschlusses maßgeblichen Frist, aufzustellen sind. Die betroffenen Verbände heben in ihren Stellungnahmen hervor, dass dem erhöhten Verwaltungsaufwand einer solchen laufenden Erfassung von vereinnahmten Zuwendungen und ihrer Zuordnung zur jeweiligen qualitätsverbessernden Verwendung kein Mehrwert im Sinne des Anlegerschutzes gegenüber stünde.

Auf Bafin-Nachfragen vorbereitet sein

Eine weitere kritische Forderung der Bafin besteht darin, dass das Verwendungsverzeichnis künftig eine Aufschlüsselung nach „den betreffenden Kunden“ vorsehen und das Unternehmen auf Nachfrage im Detail erklären soll, wie eine bestimmte Zuwendung die Qualität der Dienstleistung verbessert hat. Zwar soll die Bildung homogener Kundengruppen dieser Anforderung genügen, allerdings ist selbst dieser Konkretisierungsgrad nicht unbedingt aus den gesetzlichen Vorschriften herauszulesen.

Eine weitere Verschärfung liegt in der Beschränkung der Möglichkeit, im laufenden Geschäftsjahr geflossene Zuwendungen erst in Folgejahren für qualitätsverbessernde Maßnahmen zu verwenden. Zukünftig sollen vereinnahmte Zuwendungen grundsätzlich zeitnah für qualitätsverbessernde Maßnahmen verwendet werden. Eine Verwendung erst im folgenden Geschäftsjahr soll nur in sachlich begründeten Fällen

zulässig sein. Vereinnahmte Zuwendungen als periodischen Gewinn zu verbuchen, wird somit also nicht mehr möglich sein.

Eine klärende Feststellung enthält die neue MaComp auch zur Frage der Kategorisierung qualitätsverbessernder Maßnahmen. So sollen Aufwendungen grundsätz-

Neben dem Zuwendungsverzeichnis muss jetzt auch ein „Maßnahmenverzeichnis“ fortlaufend geführt werden

lich nach den von der ESMA vorgegebenen Regelbeispielen aufgeschlüsselt werden (siehe dazu *DZB 04.2016*), wobei die Bildung weiterer Kategorien möglich bleibt. Hierbei wird auch die Aufrechterhaltung einer bereits erreichten Qualitätsverbesserung als zulässige Kategorie angesehen. Der deutsche Gesetzgeber sorgte in diesem Zusammenhang bereits dafür, dass schon die Aufrechterhaltung eines weit verzweigten Filialberaternetzwerks als eine qualitätsverbessernde Maßnahme anzusehen ist.

Weiteres Verzeichnis wird nötig

Eine zusätzliche bürokratische Belastung liegt allerdings in der Einführung eines sogenannten „Maßnahmenverzeichnis“. Dieses soll zusätzlich zu dem fortlaufend zu führenden Zuwendungs- und Verwendungsverzeichnis erstellt werden. Ziel und Zweck ist es, die Maßnahmen zu dokumentieren, die in einem Geschäftsjahr unternommen wurden, um die Erfüllung der WpHG-Pflichten des Unternehmens – nämlich ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen

Interesse des Kunden zu handeln – nicht zu beeinträchtigen. Auch dieses soll laufend geführt und unverzüglich nach Abschluss eines Geschäftsjahres erstellt werden.

Vorgaben zu Staffelp provisionen

Ein weiteres Modul der neuen MaComp (BT 9) befasst sich mit der erfolgsabhängigen Gewährung von monetären oder nicht-monetären Vorteilen mit progressiven Sätzen (Staffelp provisionen). Unternehmen, die solche Staffelp provisionen erhalten, müssen diese in ihren „Grundsätzen für den Umgang mit Interessenskonflikten“ ausdrücklich als potenziellen Interessenskonflikt aufführen. Dabei müssen sie auch festlegen, welche Verfahren eingeleitet und welche Maßnahmen getroffen wurden, um aus dem möglichen Erhalt von Staffelp provisionen potenziell resultierende Interessenskonflikte zu verhindern oder zu bewältigen.

Provisionsmodell in Frage gestellt

Grundsätzlich sind Präzisierungen durch Rundschreiben der Aufsichtsbehörden stets zu begrüßen, da sie der Wertpapierbranche und den Anlegern Rechtssicherheit gewähren – auch wenn sie wie im vorliegenden Fall reichlich spät kommen. Der Vorwurf der an dem Konsultationsverfahren beteiligten Verbände, dass die grundsätzliche Zulässigkeit des Geschäftsmodells der provisionsbasierten Anlageberatung durch die verschärften Auslegungen insbesondere zur Führung der Zuwendungs- und Verwendungsverzeichnisse in Frage gestellt wird, lässt sich nicht von der Hand weisen. Eine fortlaufende Führung dieser Verzeichnisse, die im Idealfall für eine punktgenaue unterjährige Zuordnung jeder monetären oder nicht-monetären Zuwendung zu einer bestimmten qualitätsverbessernden Maßnahme sorgen soll, und deren Wirkung auch noch für bestimmte unterschiedliche Kundengruppen im Detail aufgeschlüsselt werden soll, könnte viele Unternehmen vor verwaltungstechnisch schwer lösbare Probleme stellen. Daher ist mit Spannung zu erwarten, ob die finale Fassung der MaComp auf die aus der Branche vorgebrachten Kritikpunkte eingehen wird.

Einige Mifid-II-Verpflichtungen wurden jetzt konkretisiert

Ausgewählte Stichpunkte aus dem Überarbeitungsentwurf des Bafin-Rundschreibens 4/2010 vom 3. November 2017

- Geeignetheitserklärung ist auch bei einer Halte- oder Negativempfehlung innerhalb von 5 Werktagen zur Verfügung zu stellen
- Bei Vertragsabschluss über Fernkommunikationsmittel ist die Geeignetheitserklärung spätestens 5 Werktage nach Vertragsschluss zu übermitteln
- Erfassung und Zuordnung von Zuwendungen im Zuwendungs- und Verwendungsverzeichnis muss fortlaufend erfolgen
- Zeitnahe Verwendung von Zuwendungen noch im laufenden Geschäftsjahr, Übertrag nur ausnahmsweise zulässig
- Fortlaufende Führung eines Maßnahmenverzeichnisses

Quelle: Otto Mittag Fontane; Stand: 06.02.18

* Dies ist ein externer Beitrag. Der Inhalt gibt nicht zwingend Meinung und Einschätzung der Redaktion wieder.