

## **Ergebnis der Prüfung ausgewählter Zusatzvereinbarungen zwischen Depotbanken und § 34f-Vermittlern aus Veranlassung der MiFID II Umsetzung**

Die Auswertung der Ergänzungsvereinbarungen der Depotbanken hat unseres Erachtens grundsätzliche Probleme offenbart.

Es wird in den Vertragsentwürfen nicht ausreichend der jeweils getrennte Aufgaben- und Pflichtenkreis des § 34f-Vermittlers einerseits und der Depotbank andererseits berücksichtigt. Die Depotbank erbringt gegenüber dem Anleger keine Anlageberatung und auch keine Anlagevermittlung. Ihre Dienstleistung gegenüber dem Kunden beschränkt sich auf die Depotführung und die Abwicklung von Finanzkommissionsgeschäften auf Veranlassung des Kunden, in der Form des reinen Ausführungsgeschäfts.

Die Investmentfonds, die von den § 34f-Vermittlern im Rahmen ihrer Genehmigung nach § 34 f Abs. 1 Nr. 1 GewO vermittelt und beraten werden dürfen, gehören auch nach § 63 Abs. 11 lit. d WpHG Neu zu den nicht komplexen Finanzinstrumenten, bei denen eine Bank im Hinblick auf die Abwicklung von Käufen und Verkäufen von der Pflicht zur Durchführung einer Angemessenheitsprüfung befreit ist. Es obliegt ihr lediglich, den Kunden darüber ausdrücklich zu informieren, dass eine solche Angemessenheitsprüfung nicht durchgeführt wird, wobei diese Information bekanntlich in standardisierter Form erfolgen kann. Es besteht daher für die Depotbanken keine Veranlassung, dem § 34f-Vermittler Pflichten aus dem WpHG hinsichtlich der Anlageberatung oder Anlagevermittlung aufzuerlegen.

Im Bereich der Anlageberatung und Anlagevermittlung wird der § 34f-Vermittler auf der Basis einer eigenständigen vertraglichen Beziehung zu dem Anleger tätig, mit den ihn daraus treffenden gesetzlichen Verpflichtungen, insbesondere denen der FinVermV. Der § 34f-Vermittler wird nicht im Auftrag der Depotbank tätig und ist daher auch nicht gezwungen, im Rahmen der Anlageberatung und Vermittlung Pflichten aus dem WpHG einzuhalten. Gänzlich widersprüchlich ist es daher bereits, wenn in den vertraglichen Ergänzungen gefordert wird, dass der § 34 f Vermittler „bei der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten die für die Tätigkeit der Depotbank jeweils anzuwendenden gesetzlichen Regelungen“ beachtet.

Eine Beachtung von gesetzlichen Pflichten, die für den § 34f-Vermittler nicht gelten, sollte vertraglich nicht gefordert werden. Es ist auch nicht im Interesse der Depotbanken, sich in die Ausgestaltung der Anlageberatung oder -vermittlung durch den § 34-f Vermittler einzubringen. Die Depotbank übernimmt in diesem Fall eine unnötige Verantwortung, die von ihr nicht gewollt sein kann. De facto übernimmt die Depotbank hierdurch die Aufgabe einer „zweiten Aufsichtsbehörde“, was weder in ihrem Interesse noch gesetzlich vorgesehen ist.

Es ist den Depotbanken vielmehr zu empfehlen, hier analog des Rechtsgedankens des § 71 WpHG Neu zu handeln. Hier ist ausdrücklich geregelt, dass bei der Durchführung von kooperativen Wertpapierdienstleistungen, bei denen eine Bank lediglich den Auftrag eines anderen Wertpapierdienstleistungsunternehmens für dessen Kunden abwickelt, das den Auftrag entgegennehmende Wertpapierdienstleistungsunternehmen gerade nicht verpflichtet ist, Kundenangaben auf Vollständigkeit und Richtigkeit zu überprüfen und sich darüber hinaus darauf verlassen darf, dass die von dem anderen Wertpapierdienstleistungsunternehmen erteilten Empfehlungen im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften stehen.

Diese Regelung ist sogar auf Geschäfte anzuwenden, die über das reine Ausführungsgeschäft hinausgehen. Es besteht daher für die Depotbanken keinen Anlass, kontrollierend und überprüfend im Rechtskreis des § 34f-Vermittlers gegenüber dessen Kunden tätig zu werden.

Dieses Grundprinzip der Trennung der Pflichtenkreise gilt auch für den Bereich der Zuwendungen. In welcher Art der § 34f-Vermittler mit Zuwendungen umgeht, obliegt keiner Kontrollpflicht der Depotbank.

Mögliche Einschränkungen aus dem WpHG oder der WpDVerOV für den Umgang mit Zuwendungen gelten ausdrücklich nur für Finanzdienstleistungsinstitute und gerade nicht für den § 34f-Vermittler. Die derzeit weiterhin gültige FinVermV sieht hier für § 34f-Vermittler keine Einschränkungen im Umgang mit Zuwendungen vor. Es bestehen lediglich Transparenzpflichten, die erfüllt werden.

Es ist bereits fraglich, ob es sich überhaupt um eine Gewähr von Zuwendungen durch die Depotbank handelt. Letztendlich nimmt die Depotbank lediglich eine Weiterleitung von Zuwendungen vor, die ihren Ursprung in den von den Fondsgesellschaften geleisteten Zuwendungen haben, so dass die Depotbank nicht eine eigenständige Gewähr von Zuwendungen vornimmt.

Jedenfalls würden die Zuwendungen nicht im Zusammenhang mit der Erbringung einer Wertpapier(neben)dienstleistung gewährt. Gezahlt werden sie vielmehr für die Beratungs- oder Vermittlungsleistung des § 34f-Vermittlers. Die Anlageberatung und Anlagevermittlung in Bezug auf Investmentfondsanteile durch einen § 34f-Vermittler unterfällt der Bereichsausnahme des § 3 Abs. 1 Nr. 7 WpHG NEU (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 ALT), es handelt sich ausdrücklich nicht um eine Wertpapier(neben)dienstleistung. Ein sachlicher Zusammenhang der Provisionszahlung zu der von der Depotbank erbrachten Dienstleistungen (Depotführung, Finanzkommission) besteht hingegen nicht.

Aber selbst wenn man dies anders sehen wollte, gibt es für Depotbanken bei von ihnen gewährten Zuwendungen ersichtlich keine Verpflichtung zu überprüfen, wie der Zuwendungsempfänger mit den Zuwendungen im Detail umgeht. Diese Zuwendungen verlassen den Unternehmensbereich der Depotbank und da es sich hierbei nicht um einen ausgelagerten Pflichtenbereich handelt, bestehen auch keine Kontrollpflichten. Ausreichend wäre vielmehr die Feststellung im Verwendungsverzeichnis, dass die Zuwendung für eine Anlageberatung oder Anlagevermittlung durch einen gesetzlich qualifizierten Finanzintermediär erfolgt. Der § 34f-Vermittler vereinnahmt die Zuwendungen in seiner Funktion als der vom Kunden ausgewählte Anlageberater/-vermittler. Es besteht daher Anlass seitens der Depotbank davon auszugehen, dass die Zuwendung an den § 34f-Vermittler im Sinne des Anlegers ist, da der Anleger diesen als Vertragspartner ausgewählt hat.

Auf der Ebene der Depotbank ist es daher ausreichend, wenn die Weitergabe von Zuwendungen an den § 34f-Vermittler im Verwendungsverzeichnis berücksichtigt wird. Eine darüber hinausgehende Pflicht zur Nachforschung, in wie weit der § 34f-Vermittler als externer Dritter seinerseits die Zuwendungen eingesetzt hat, besteht, jedenfalls soweit es um die Gewährung von Zuwendungen geht, tatsächlich auch nach den gesetzlichen Verpflichtungen des WpHG nicht.

Die Kooperation zwischen der Depotbank und dem § 34f-Vermittler beruht darauf, dass sich beide Parteien an die Einhaltung ihrer jeweiligen gesetzlichen Rahmenvorgaben halten. Bei einem § 34f-Vermittler, der regelmäßig seinen Jahresprüfberichte einreicht und bei dem es seitens der aufsichtsführenden Handelskammern und Gewerbeämtern nicht zu aufsichtsrechtlichen Maßnahmen kommt, hat die Depotbank keine Veranlassung davon auszugehen, dass Vertragsverstöße gegenüber Anlegern erfolgen. Sie kann daher eine Kooperation ohne Bedenken fortführen. Eine Überprüfung kann allenfalls angezeigt sein, wenn aus dem Anlegerkreis vermehrt Beschwerden erhoben werden.

Soweit in den Ergänzungsvereinbarungen den § 34f-Vermittlern die Pflicht auferlegt wird, Finanzinstrumente ausschließlich innerhalb des Zielmarktes zu vermitteln, ist dies ungeachtet der vorstehenden Ausführungen schon für sich gesehen nicht MiFID II/WpHG-konform. Die Vertriebsregelungen zu Product Governance sind von den gegenüber dem einzelnen Kunden obliegenden Pflichten zu trennen. Selbstverständlich ist im Einzelfall ein Vertrieb außerhalb des Zielmarktes möglich. Hiervon geht explizit auch die BaFin aus. Die Ergänzungsvereinbarungen sind weitergehend insoweit sogar unschlüssig, da dem Vermittler zusätzlich die Verpflichtung auferlegt wird, der Depotbank die Nichteinhaltung der Zielmarktkriterien anzuzeigen – was indes die Zulässigkeit eines Vertriebs außerhalb des Zielmarktes voraussetzt.

Wir bieten ausdrücklich an, mit den betroffenen Depotbanken, welche mit § 34f-Vermittlern kooperieren, in den Dialog zu treten, um eine für beide Parteien angemessene vertragliche Grundlage zu erarbeiten.

Berlin, 02.01.2018

Rechtsanwalt Martin Klein  
Geschäftsführender Vorstand

Rechtsanwalt Norman Wirth  
Geschäftsführender Vorstand

VOTUM Verband Unabhängiger  
Finanzdienstleistungs-Unternehmen  
in Europa e.V.

AFW-Bundesverband Finanzdienstleistung e.V.