

# Stellungnahme

## **BaFin Konsultation 07/2018**

### **Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen**

Unsere Zeichen

AZ DK: 413-WpHG

AZ DSGVO: 7230

Kontakt: Patrick Arora

Telefon: +49 30 20225- 5352

Telefax: +49 30 20225- 5665

E-Mail: [patrick.arora@dsgv.de](mailto:patrick.arora@dsgv.de)

Berlin, 22.06.2018

Federführer:

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.

Charlottenstraße 47 | 10117 Berlin

Telefon: +49 30 20225-0

Telefax: +49 30 20225-250

[www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de](http://www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de)

## Stellungnahme

BaFin Konsultation 07/2018

Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen

Die Deutsche Kreditwirtschaft bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Entwurf der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hinsichtlich Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen („MaDepot“) Stellung nehmen zu können. Gerne nehmen wir diese Gelegenheit wahr:

### I. Allgemeine Anmerkungen

#### 1. Ein abschließendes Dokument für das Depotgeschäft

Die MaDepot sollten aus unserer Sicht ein in sich abgeschlossenes und konsistentes Dokument sein, das sowohl Rechtsanwendern bei Wertpapierdienstleistungsunternehmen als auch Prüfern einen abschließenden Anforderungskatalog für das Depotgeschäft und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten an die Hand gibt.

Unter Ziff. 1.1. der vorliegenden MaDepot wird ausgeführt, dass das Rundschreiben keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebe. Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass es sich bei den tangierten Rechtsbereichen um aufsichtsrechtliche Bestimmungen handelt, die im Falle einer Verletzung umfänglich sanktionierbar sind, misslich, da der Rechtsanwender im Unklaren darüber gelassen wird, welche Pflichten zusätzlich bestehen bzw. welche Pflichten hier nur unvollständig dargestellt sind. Zudem wäre es wünschenswert, wenn eine Verlautbarung, die „Mindestanforderungen“ festlegt, hinsichtlich der wesentlichen Vorgaben abschließend wäre.

Ebenso nicht ganz eindeutig ist das Verhältnis zu der sogenannten „Depotbekanntmachung“ vom 21. Dezember 1998. Unter Ziff. 1.4 (siehe auch dort in dieser Stellungnahme) wird ausgeführt, diese sei bei der Prüfung „nicht anzuwenden“. Für die Praxis wird hieraus nicht ersichtlich, ob sie damit außer Kraft gesetzt werden soll oder – zumindest teilweise – noch zusätzlich zur MaDepot heranzuziehen ist oder ob sie nur noch für Depotinstitute, die keine Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WpDU) sind, anwendbar bleiben soll. Die Notwendigkeit einer Klarstellung mag die folgende Aufstellung der Überlappungen illustrieren: Depotbuchführung (Ziffer 2.3 MaDepot; Ziffer 10 Depotbekanntmachung); organisatorische Vorkehrungen/IKS (Ziffer 2.1.3 MaDepot; Ziffer 10 (3) Depotbekanntmachung); Vorgaben zur Drittverwahrung (Ziffer 2.2 MaDepot; Ziffer 3 Depotbekanntmachung); Mitteilungspflichten nach §§ 128, 135 AktG (Ziffer 4.2 MaDepot; Ziffern 12, 13 Depotbekanntmachung); Zweigstellen im Ausland (Ziffer 14 der Depotbekanntmachung).

Der Anforderungs- und Prüfungskatalog für das Depotgeschäft und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten sollte sowohl aus praktischen Erwägungen als auch aus Gründen der Rechtssicherheit daher nach unserer Auffassung in einem Dokument geregelt sein, aus dem sich die aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen ergeben.

#### 2. Trennung zwischen Gesetzestext und aufsichtlicher Auslegung

Hilfreich wäre aus unserer Sicht eine klare Trennung zwischen der Wiedergabe einer Vorschrift und einer Auslegung durch die BaFin. Es könnte sich daher anbieten, analog zu den MaRisk eine tabellarische Übersicht vorzunehmen. Andererseits erscheint uns eine thematische Zusammenfassung der

**Stellungnahme**

**BaFin Konsultation 07/2018**

**Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen**

verschiedenen gesetzlichen Vorgaben, wie im Entwurf der MaDepot vorgesehen, sachgerecht. So könnte beispielsweise nach einem wörtlichen Zitat die betreffende/n Vorschrift/Vorschriften erläutert werden. Wenn aus Sicht der BaFin eine Erläuterung nicht erforderlich ist, der Text der Vorschrift der Vollständigkeit halber aber zitiert werden soll, wäre zu vermeiden, dass durch eine nicht wörtliche Wiedergabe des Gesetzestextes der Eindruck entsteht, die nicht wörtliche Wiedergabe beinhalte eine Erläuterung durch die BaFin.

**3. Keine Änderung der Aufsichtspraxis für das Depotgeschäft durch Anwendbarkeit des WpHG/der WpDVerOV**

Der Gesetzgeber hat sich im Zuge der Umsetzung der MiFID II entschieden, die Vorgaben zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten, obgleich sie bereits nach anderen Vorschriften geltendes deutsches Recht waren, nun in § 84 WpHG und § 10 WpDVerOV ausdrücklich auch für WpDU, die über eine Erlaubnis zum Betreiben des Depotgeschäfts verfügen, zu verankern. Dass der Gesetzgeber von der Geltung der Schutzvorgaben im Depotgeschäft ausging, ergibt sich auch aus der Tatsache, dass mit Einführung der Vorgängervorschrift von § 89 WpHG (§ 36 WpHG a.F.) die Depotprüfung nach KWG mit der Prüfung nach § 36 WpHG zusammengefasst wurde, sowohl um Doppelprüfungen zu vermeiden als auch um Kosten – für Nichtkreditinstitute wie für Kreditinstitute – zu sparen<sup>1</sup>. Die Deutsche Kreditwirtschaft geht daher davon aus, dass sich durch die Einführung der Anwendbarkeit der §§ 84 WpHG und 10 WpDVerOV für Depotinstitute weder etwas an der Rechtslage noch an der Überprüfung der entsprechenden Verpflichtungen für Depotinstitute geändert hat. Ausgenommen hiervon sind selbstverständlich solche Vorgaben, die sich im Zuge von MiFID II gegenüber MiFID I neu ergeben haben oder verändert worden sind, namentlich zum Beispiel die Einführung des Beauftragten gemäß § 81 Abs. 5 WpHG oder das Verbot der Vereinbarung von Finanzsicherheiten mit Privatkunden gemäß § 84 Abs. 7 WpHG.

Wir gehen daher auch davon aus, dass die bislang bestehenden Vorkehrungen und praktizierten Dokumentations- und Kontrollmechanismen bei Depotinstituten weiterhin Anwendung finden können und dass die Prüfungsanforderungen insofern unverändert sind. Wenn und soweit durch die MaDepot hinsichtlich des Depotgeschäfts künftig jedoch veränderte Anforderungen gegenüber der derzeit geübten Aufsichtspraxis gestellt werden, bitten wir um entsprechende, konkretisierende Hinweise. Wir machen zudem darauf aufmerksam, dass eine Umsetzung etwaiger neuer oder veränderter Anforderungen einen angemessenen Zeitvorlauf benötigt, und bitten daher schon jetzt um einen angemessenen Zeitraum zur Umsetzung.

**4. Verhältnis zum Verwahrstellengeschäft**

Schließlich stellte es sich für die als Verwahrstellen nach dem KAGB tätigen Institute in der Praxis bislang bereits als großes Problem dar, in welchem Verhältnis die Depotbekanntmachung und das Verwahrstellenrunds Schreiben nach dem KAGB zueinander stehen, da beide Dokumente – soweit die Verwahrung von Finanzinstrumenten betroffen ist – nebeneinander stehen, aber gleiche Sachverhalte (z.B. Anforderungen an die Auslandsverwahrung) unterschiedlich regeln.

Dieses Verhältnis wird nunmehr durch den Entwurf der MaDepot nicht aufgelöst, sondern eher noch erschwert, weil diese durch das nicht ganz eindeutige Verhältnis zu den Depotbekanntmachungen (s. o.) ggf. noch hinzutreten.

---

<sup>1</sup> vgl. BT-Drs. 13/7142 S. 112

Soweit das Verwahrgeschäft betroffen ist, wirbt die Deutsche Kreditwirtschaft daher für ein vollständiges oder zumindest ein aufeinander abgestimmtes Kompendium.

## II. Im Einzelnen

### 1. Vorbemerkungen

#### 1.1. Gegenstand und Inhalt der MaDepot

Neben den bereits unter dem Abschnitt „Allgemeine Anmerkungen“ oben dargestellten Aspekten erscheint uns noch klärungsbedürftig, inwieweit die MaDepot auch auf Kreditinstitute mit Erlaubnis zum Betreiben des Depotgeschäfts („Depotinstitute“) Anwendung finden sollen, die keine Wertpapierdienstleistungsunternehmen („WpDU“) sind - zu nennen wären hier beispielsweise Zentralverwahrer. Wenn und soweit auf solche Institute die MaDepot keine Anwendung finden sollen, wäre eine Klarstellung hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs der MaDepot (abschließend für Einlagen- und Depotinstitute, die auch WpDU sind) und hinsichtlich der sonstigen aufsichtlichen Verlautbarungen betreffend das Depotgeschäft (abschließend für Depotinstitute, die keine WpDU sind) erforderlich. Gegebenenfalls wären noch Regelungen für WpDU, die kein Einlagengeschäft betreiben, nötig (s.a. Ausführungen in 1.2).

Zudem erscheint uns die Beschreibung des Depotgesetzes ein wenig verkürzt: Das DepotG enthält neben zivilrechtlichen Bestimmungen auch Aufsichtsrecht sowie Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht. Wir schlagen daher vor, auf eine Wertung zu verzichten und es bei der Aussage zu belassen, dass die MaDepot keine Auslegung der zivilrechtlichen Regelungen des DepotG enthalten.

Nach unserer Auffassung gilt auch im Bereich des Aufsichtsrechts das Prinzip des Vorranges des Spezialgesetzes vor allgemeinen Gesetzen. Es ist demnach unzutreffend, dass ein Verstoß gegen eine Vorschrift des Depotgesetzes als Spezialgesetz gleichzeitig als ein Verstoß gegen eine allgemeine Bestimmung des Wertpapieraufsichtsrechts (§ 63 Abs. 1 WpHG) anzusehen ist.

#### 1.2. Eingrenzung des Anwendungsbereichs

Wie bereits in 1.1 erwähnt, halten wir eine Klarstellung des **persönlichen Anwendungsbereichs** für erforderlich. Aufgrund der Ausführungen in 1.2, wonach die MaDepot keine Anforderungen an das Halten von Geldern der Kunden umfassen, lässt sich schließen, dass sie sich an Kreditinstitute richten, die über eine Erlaubnis zum Betreiben des Einlagen- und Depotgeschäfts verfügen und gleichzeitig WpDU sind. Denn § 84 Abs. 1 WpHG ordnet nur für solche WpDU, die nicht über eine Erlaubnis für das Einlagengeschäft verfügen, Vorgaben für Kundengelder an. Dies bedarf daher ebenfalls der Klärung.

In diesem Zusammenhang wäre auch eine Klarstellung des **sachlichen Anwendungsbereichs** hilfreich. § 84 Abs. 4 bis 9 WpHG beziehen sich auf Finanzinstrumente, die ein WpDU für seine Kunden hält. Der Begriff „Finanzinstrumente“ ist in § 2 Abs. 4 WpHG definiert. Dieser umfasst auch solche Finanzinstrumente, die nicht für Kunden „gehalten“ werden können und nicht verbrieft sind, ist also weiter als der Begriff des Finanzinstruments in § 84 WpHG. So werden beispielsweise Derivate, die als Verträge zwischen verschiedenen Parteien bestehen, von § 2 Abs. 4 Nr. 3 WpHG erfasst, können aber nicht Gegenstand von § 84 WpHG sein. Hierfür wäre erforderlich, dass der Kunde sie dem WpDU anvertraut hat, so dass sie von dem WpDU für den Kunden „gehalten“ werden. Auch kann ein Kunde an solchen Finanzinstrumenten mangels Vorliegen einer Sache zum Beispiel keine Eigentumsrechte haben, wie in § 84 Abs. 4 WpHG vorausgesetzt. Das gleiche gilt auch für sogenannte registrierte Fondsanteile,

## Stellungnahme

### BaFin Konsultation 07/2018

#### Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen

die nicht als Wertpapiere verbrieft sind, sondern bei denen z.B. die Verwahrstelle als Mitglied im Register der Fondsgesellschaft eingetragen ist. Eine Klarstellung, dass sich die MaDepot (nur) auf solche Finanzinstrumente beziehen, die für Kunden gehalten werden (können), wäre daher sachdienlich. Diese Klarstellung würde auch dem Titel der MaDepot, die das Depotgeschäft regeln sollen, gerecht.

Letztlich sollten die MaDepot – wie andere Rundschreiben der BaFin zu Mindestanforderungen - der heterogenen Unternehmensstruktur und der Vielfalt der Geschäftsaktivitäten der Wertpapierdienstleistungsunternehmen Rechnung tragen. Hierbei sollte insbesondere die Größe des Unternehmens, die Geschäftstätigkeit und die Risikosituation zur Ermittlung der jeweils angemessenen Vorkehrungen Berücksichtigung finden können. So stellt die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde ESMA im Final Report<sup>2</sup> (S. 65, Rdnr. 11) explizit auf den Proportionalitätsgrundsatz ab. Wir regen daher eine Aufnahme des Proportionalitätsgrundsatzes in die MaDepot an. Eine entsprechende Regelung findet sich beispielsweise in AT 3.2 MaComp.

### 1.3. Depotprüfung

Es wird ausgeführt, dass § 89 Abs. 1 Satz 2 WpHG einen Auffangtatbestand für diejenigen aufsichtsrechtlichen Aspekte, die nicht im 11. Abschnitt des WpHG verankert seien, bilde. Hier wäre eine entsprechende Auflistung der aufsichtsrechtlichen Aspekte für die Praxis sehr hilfreich, da ansonsten Unklarheit darüber besteht, was damit gemeint ist und worauf sich die Depotprüfung erstreckt.

### 1.4. Keine Anwendbarkeit der „Depotbekanntmachung“

Nach dem vorliegenden Entwurf soll die Depotbekanntmachung von 1998 bei der Prüfung des Depotgeschäfts von WpDU nach Maßgabe des § 89 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WpHG „nicht anzuwenden“ sein. Das heißt möglicherweise, dass die Depotbekanntmachung weiterhin gilt und zu beachten ist. Da der vorliegende Entwurf und die Depotbekanntmachung teilweise dieselben Sachverhalte, teilweise andere Sachverhalte regeln, ist für ein WpDU nicht ersichtlich, welche Pflichten aus der Depotbekanntmachung zusätzlich zu den Pflichten aus den hier konsultierten MaDepot gelten.

Werden Mindestanforderungen an eine bestimmte aufsichtsrechtlich relevante Tätigkeit niedergelegt, so ist nach unserer Auffassung ein einheitliches aufsichtliches Regelwerk zweckmäßig, um dem Rechtsanwender eindeutig vorzugeben, welche Regelungen für ihn gelten sollen.

Die Depotbekanntmachung von 1998 sollte sinnvollerweise vollständig durch die neuen MaDepot abgelöst werden. Dadurch würde auch dem Gesetzgeberwillen Rechnung getragen, die Depotprüfung nach KWG mit der Prüfung nach dem WpHG in einer Prüfung durchzuführen und explizit zwei gesonderte Prüfungen zu vermeiden (vgl. § 89 Abs. 1 Satz 2 WpHG i.V.m § 29 Abs. 2 Satz 3 KWG und Gesetzesbegründung zu § 36 WpHG a.F.). Gegebenenfalls sollte ersichtlich sein, dass bestimmte Vorgaben nur für bestimmte Unternehmen maßgeblich sind. Darüber hinaus wäre es wünschenswert, wenn in den MaDepot auch die investmentrechtlichen Vorgaben für die Verwahrung von Wertpapieren berücksichtigt würden.

### 1.5. Reichweite der Anwendbarkeit auf Zweigniederlassungen gemäß § 53b KWG

Ergänzend erscheint die zutreffende Feststellung, wonach Organisationspflichten grundsätzlich der Prüfung durch die Heimatbehörde unterliegen, vor dem Hintergrund des Verweises auf § 63 Abs. 1 WpHG in Ziff. 1.1, wonach jeder Verstoß gegen das Depotgesetz gleichzeitig einen Verstoß gegen die allgemeine Verhaltensregel des § 63 Abs. 1 WpHG darstellt, zumindest insoweit ergänzungsbedürftig, dass dies für

---

<sup>2</sup> Final Report ESMA's Technical Advice to the Commission on MiFID II and MiFIR, ESMA/2014/1569, Kap. 2.8. Safeguarding of client assets, S. 65, 19. Dezember 2014.

## Stellungnahme

BaFin Konsultation 07/2018

Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen

aus dem Depotgesetz abzuleitende Organisationspflichten nicht gelten kann. Gleiches gilt für die Ausführungen in Ziff. 3.2., wonach Organisationspflichten nach dem WpHG zu Verhaltenspflichten erhoben werden. Anderenfalls wäre die Beschränkung der Anwendbarkeit auf Zweigniederlassungen faktisch wieder aufgehoben, was auch angesichts der Tatsache, dass § 90 Abs. 1 WpHG den § 84 WpHG ausdrücklich ausnimmt, Fragen zum Prüfungsumfang durch Heimat- bzw. Gastaufsicht aufwerfen würde.

Zudem merken wir an, dass bei ausländischen Zweigstellen inländischer Kreditinstitute gegebenenfalls zusätzlich oder konkurrierend zur MaDepot Vorgaben im Gastland existieren, die diese ebenfalls zu beachten haben. Dies kann dazu führen, dass die Zweigstellen insbesondere bei der Dokumentation anders als im Inland vorgehen müssen, ohne jedoch den Schutz des Kunden außer Acht zu lassen.

## 2. Organisationspflichten

### 2.1 Allgemeine Vorkehrungen zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten

§ 84 Abs. 4 bis 6 WpHG sowie § 10 WpDVerOV sehen vor, dass Vorkehrungen zu treffen sind, um die Eigentumsrechte der Kunden an ihren Finanzinstrumenten zu schützen. Im Wesentlichen erfolgt dies durch die in 2.1.1.2 und 2.1.1.3 beschriebene Lieferdisposition, was auch bislang schon Rechtslage und geübte Praxis war. Welche konkreten Maßnahmen die WpDU ergreifen (2.1.1.4 und 2.1.1.5), sollte ihnen daher weiterhin überlassen bleiben. Wesentlich ist, dass die Maßnahmen geeignet und effektiv sind. Aus diesem Grund führt § 84 WpHG lediglich unverbindliche Beispiele auf.

#### 2.1.1 Vorkehrung zum Schutz und gegen die unbefugte Verwendung von Kundenfinanzinstrumenten

Wir regen an, bei einem nicht wörtlichen Zitat des Gesetzestextes einen kurzen Hinweis beizufügen, dass durch die nicht wörtliche Wiedergabe keine Interpretation der BaFin verbunden ist. Anderenfalls könnte dies zu ungewollten Unklarheiten führen. Wir verweisen auf unsere Ausführungen unter I. 2. zur Trennung zwischen Gesetzestext und aufsichtlicher Auslegung.

##### 2.1.1.2

Wir schlagen zudem in Bezug auf den zweiten Absatz vor, im Klammerzusatz einheitlich von „Veräußerung“ zu sprechen.

##### 2.1.1.3

Im Zusammenhang mit dem dritten Unterpunkt machen wir darauf aufmerksam, dass – anders als beispielsweise bei einer contractual-Betrachtung noch nicht abgewickelter Geschäfte – bei einer Umlagerung von Finanzinstrumenten aus einer anderen Lagerstelle die betreffenden Bestände für das zu beliefernde Geschäft tatsächlich vorhanden sind. Wir regen daher an, das Wort „berücksichtigt“ durch das Wort „verwendet“ zu ersetzen. Denn bei der Lieferdisposition selbst können und müssen solche Bestände bei anderen Lagerstellen Berücksichtigung finden dürfen; die Umlagerung, interne Freigabe von gesperrten Lieferinstruktionen, die Entscheidung zum Transaction Linking, Wertpapierleihe etc. gehören sodann zu den zusätzlichen Vorkehrungen, den betroffenen Sammelbestand zu schützen. Wir stimmen zu, dass nach Abschluss des Geschäfts eine Umlagerung der Bestände erfolgen sollte, bitten jedoch zu bedenken, dass daneben weitere Vorkehrungen getroffen werden können, die Bestände der anderen Kunden zu schützen.

**Stellungnahme**

**BaFin Konsultation 07/2018**

**Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen**

2.1.1.4

Wir regen an, auf die vom Gesetzeswortlaut abweichende Wiedergabe von § 10 Abs. 7 WpDVerOV zu verzichten. Die Grundsätze hierfür sind bereits in 2.1.1.2 und 2.1.1.3 der MaDepot aufgeführt (Lieferdisposition). Denn auch die in § 10 Abs. 7 WpDVerOV genannten Beispiele können sinnvollerweise nur dann umgesetzt werden, wenn sie technisch und rechtlich möglich sind sowie zum gewünschten Erfolg zu verhelfen vermögen. Im ersten Unterpunkt von 2.1.1.4 wird zum Beispiel durch Klammerzusatz erläutert, dass eine Position aufgelöst wird, indem die Belieferung storniert wird. Dies ist CSD-Teilnehmern jedoch schon aufgrund der Vorgaben des Art. 7 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 („CSDR“) rechtlich nicht möglich.

Auch im dritten Unterpunkt wird anders als in § 10 WpDVerOV („Gegenseite“) auf den „Kontrahenten bzw. bei den für diesen tätigen abwickelnden Instituten“ abgestellt. Der Kontrahent ist dem abwickelnden Institut oftmals jedoch nicht bekannt, z. B. die Kontrahenten, also die Vertragspartner, seiner institutionellen Kunden oder bei börslichen Transaktionen. Lediglich in den Fällen, in denen das WpDU auch handelsausführendes Institut ist (z.B. als Kommissionär), kann Kenntnis bezüglich des Kontrahenten bestehen. Sollte der Kontrahent eine zentrale Gegenpartei („CCP“) sein, ergeben sich jedoch besondere Regelungen aus Art. 15 der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 beziehungsweise aus Art. 7 CSDR in Verbindung mit den internen Regeln der CCP. Ähnliches gilt gemäß Art. 7 CSDR für börsliche Geschäfte, die nicht durch eine CCP gecleart werden.

2.1.1.5

Nach dem bereits Ausgeführten sollte eine Klarstellung erfolgen, dass die genannten Beispiele nicht verpflichtend sind.

Im dritten Unterpunkt sollte nach unserer Auffassung anstelle von „die diese zur Verfügung stellen“ eher „wenn sie diese zur Verfügung stellen“ formuliert werden. Innerhalb der EU sind hold-and-release-Verfahren üblich, jedoch nicht in allen Drittstaaten.

Ergänzend könnte im Klammerzusatz auch noch die Möglichkeit des "Transaction Linking" aufgezählt werden, die von vielen Märkten einschließlich der Wertpapierabwicklungsplattform TARGET2-Securities bereitgestellt wird. Bei dieser Transaktionsart wird eine Erhaltinstruktion mit einer Lieferinstruktion so verknüpft, dass die Lieferinstruktion erst nach Ausführung / Verbuchung der Erhaltinstruktion ausgeführt wird. Eine Verwendung von Finanzinstrumenten unbeteiligter Dritter wird hierdurch ausgeschlossen. Beide Instruktionen werden gemeinsam an den Markt gegeben, obwohl zum betreffenden Zeitpunkt kein hinreichender Bestand im Verwahrungsbuch des WpDU ausgewiesen ist. So wird ein entsprechendes Pre-Matching und eine zeitgerechte Abwicklung der Transaktionen (bei entsprechender Deckung der Lieferinstruktion) ermöglicht bei gleichzeitiger Sicherstellung, dass keine anderen Kundenbestände verwendet werden.

Bei dem vierten Unterpunkt (Referenzierung) bitten wir um Erläuterung, was darunter konkret zu verstehen ist, da hierüber im Markt eine unterschiedliche Sichtweise besteht.

Im sechsten Unterpunkt ist zunächst unklar, ob mit „Clearinghäuser“ zentrale Gegenparteien (CCP) gemeint sind. Eine etwaige Einschränkung/Beseitigung von Zugriffsmöglichkeiten wird in der Praxis nicht möglich sein, da solche in den Nutzungsbedingungen/internen Regelwerken von CCPs regelmäßig vorgesehen sind. Der Zugriff ist erforderlich, um der CCP ein Clearing sowie die Verrechnung der Geschäfte und Belieferung der daraus resultierenden Spitzen zu ermöglichen, eine Einschränkung oder

**Stellungnahme**

**BaFin Konsultation 07/2018**

**Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen**

Beseitigung dieses Zugriffs hätte zur Folge, dass das WpDU nicht mehr länger Clearingmitglied sein könnte.

Im siebten Unterpunkt ist ebenfalls nicht ganz klar, was mit „externen Clearings“ gemeint ist. Wir gehen davon aus, dass hier das Clearing durch zentrale Gegenparteien (CCPs) gemeint ist, eine dahingehende Konkretisierung wäre hilfreich.

2.1.2 Vorkehrungen im Zuge der einverständlichen Verwendung von Kundenfinanzinstrumenten für Rechnung des WpDU oder Dritter

In der Abschnittsüberschrift regen wir zur Vermeidung von Missverständnissen an, statt von „einverständlich“ von „einvernehmlich“ zu sprechen.

Darüber hinaus geben 2.1.2.1 bis 2.1.2.3 den Gesetzestext wieder. Wir regen daher eine Streichung oder die wörtliche Zitierung des Gesetzestextes an. Hilfreich wäre im Zusammenhang mit 2.1.2.3 jedoch eine Klarstellung, dass mit „Verlusten“ im Sinne des § 84 Abs. 6 Satz 4 nur Verluste an den Finanzinstrumenten selbst, nicht jedoch wirtschaftliche Verluste gemeint sind.

Bei 2.1.2.4 ist nicht ganz eindeutig, ob es sich um eine Wiedergabe des Gesetzestextes handelt. Soweit hierdurch eine Klarstellung erfolgen sollte, dass für die Anwendbarkeit des § 84 Abs. 9 WpHG erforderlich ist, dass das WpDU die Geschäfte mit einem Dritten abschließt, würden wir dies begrüßen und anregen, diese Klarstellung deutlicher herauszustellen.

2.1.3 Organisatorische Vorkehrungen gegen den Verlust von Kundenfinanzinstrumenten durch Pflichtverletzungen, § 10 Abs. 4 Nr. 6 WpDVerOV

In der Überschrift ist wohl versehentlich Nr. 6 statt Nr. 5 der Vorschrift benannt.

2.1.4 Informationen für die Bundesanstalt, dem jeweils bestellten Insolvenzverwalter und der zuständigen Abwicklungsbehörde gemäß § 10 Abs. 10 WpDVerOV

Gemeint kann aus unserer Sicht nur der Insolvenzverwalter des Wertpapierdienstleistungsunternehmens sein, nicht hingegen der Insolvenzverwalter des Kunden. Wir bitten um eine entsprechende Klarstellung.

2.1.5 Beauftragter für den Schutz von Kundengeldern und Finanzinstrumenten

Sowohl die Überschrift, als auch die weitere Erwähnung von Kundengeldern in Ziff. 2.1.5.1 lassen darauf schließen, dass bezüglich des Beauftragten auch Regelungen für den Schutz von „Kundengeldern“ getroffen werden. Ausgehend von Ziff. 1.2 MaDepot gehen wir davon aus, dass die hier getroffene Auslegung zur Aufgabe des Beauftragten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen sich ausschließlich auf den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten und nicht auch auf den Schutz von Kundengeldern bezieht. Neben der Eingrenzung des Anwendungsbereiches in Ziff. 1.2 legt dies im Übrigen auch der weitere Wortlaut der MaDepot nahe, der sich einzig auf Kundenfinanzinstrumente bezieht. Zur Klarstellung regen wir daher an, aus der Überschrift „...Kundengeldern und ...“ zu streichen.

2.1.5.4

Die Formulierung sieht vor, dass nur bei Unverhältnismäßigkeit und damit nur unter sehr engen Voraussetzungen die Aufgabe als Beauftragten für den Schutz von Kundenfinanzinstrumente auch von einer Person wahrgenommen werden darf, die an der Erbringung der von ihm überwachten bzw. bewerteten Dienstleistungen oder Tätigkeiten beteiligt ist.



**Stellungnahme**

**BaFin Konsultation 07/2018**

**Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen**

§ 81 Abs. 5 WpHG lässt sich eine Vorgabe zur aufbauorganisatorischen Ausgestaltung der Position des Beauftragten – im Unterschied zu anderen Positionen (vgl. etwa Art. 22 Abs. 2 DVO (EU) 2017/565; dazu auch unten) – nicht entnehmen. Insofern besteht für die Unternehmen Freiheit bei der Zuordnung der entsprechenden Aufgabe, soweit die gesetzlichen Verpflichtungen von der mit der Funktion betrauten Person wahrgenommen werden. Die Wahrnehmung dieser Funktion kann insoweit beispielsweise im Back-Office oder im Bereich Compliance (hierzu s. 2.1.5.5) erfolgen.

Für eine Einschränkung bei der Zuordnung der Aufgaben gibt es somit keinen rechtlichen Ansatzpunkt: § 81 Abs. 5 WpHG – welcher Art. 7 Delegierte Richtlinie (EU) 2017/593 (del Rili) umsetzt – sieht vor, dass der Beauftragte die Verantwortung dafür trägt, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen seine Verpflichtungen in Bezug auf den Schutz von Finanzinstrumenten (und Geldern) von Kunden einhält. Eine Intention des Gesetzgebers zur Schaffung einer mit erheblichen Personalaufwand verbundenen zusätzlichen Überwachungsfunktion lässt sich hieraus gerade nicht ableiten. § 81 Abs. 5 WpHG stellt auf die Verantwortung für die Einhaltung des Kundenschutzes ab. „Verantwortlich“ in diesem Sinne ist aber primär der Fachbereich, der operativ alle Tätigkeiten im Depotgeschäft leitet und steuert. Diese Leitungs- und Steuerungsfunktion schließt selbstverständlich auch die Einhaltung der zum Kundenschutz bestehenden gesetzlichen Regelungen und die laufende Kontrolle (sog. „First-Level-Kontrolle“) mit ein. Eine Funktionstrennung zwischen Überwachungshandlung und Ausführung der Tätigkeit statuiert das Gesetz für den Beauftragten gerade nicht.

Ausgangspunkt der Überlegungen der ESMA ist, dass die Verantwortlichkeit für Vermögensschutz (safeguarding) in der Praxis über verschiedene Bereiche und Abteilungen verteilt sein kann, insbesondere in großen Instituten. In der Finanzkrise sei es deshalb zu dem unhaltbaren Zustand gekommen, dass eine Person gefehlt habe, die eine umfassende Zuständigkeit („overall responsibility“) und die Gesamtübersicht („operational oversight“) hatte. Deshalb schreibt Art. 7 einen „single officer [...] with specific responsibility for matters relating to the [...] safeguarding of client financial instruments“ vor. Die englische Bezeichnung „single officer“ zeigt, dass es hier nicht um eine (zusätzliche) Überwachungsfunktion geht.

Stattdessen soll die Verantwortung in einer Person gebündelt werden, um generell und insbesondere im Krisenfall einen fachlich wie disziplinarisch kompetenten Ansprechpartner mit Gesamtübersicht und den notwendigen Befugnissen zu haben. Zwar hatte die ESMA ursprünglich in ihrem Konsultationspapier<sup>3</sup> unter Ziffer 2.8, Rdnr. 10, S. 54, zu den organisatorischen Vorkehrungen betreffend des Beauftragten zunächst auf eine Analogie zu den Anforderungen an die Compliance-Funktion i.S.d. Art. 6 MiFID Durchführungsrichtlinie<sup>4</sup> abgestellt, was grundsätzlich auf eine funktionale Trennung schließen lassen könnte. Jedoch hat ESMA diese ursprünglich formulierte Anforderung im Final Report<sup>5</sup> nicht wiederholt und damit nicht weiter verfolgt. Explizit sieht ESMA eine solche funktionale Trennung zwischen Überwachungs- und Ausführungshandlung nur für die Mitarbeiter der Compliance-Funktion vor.<sup>6</sup> Dies wiederum entspricht den rechtlichen Rahmenbedingungen von Art. 22 Abs. 2 DVO (EU) 2017/565. Vielmehr ist ESMA der Auffassung, dass die Funktion des Beauftragten mit minimalem zusätzlichem Aufwand umgesetzt werden sollte. Wichtig sei, dass diese Funktion einen Gesamtüberblick („effective

<sup>3</sup> Consultation Paper MiFID II/MiFIR, ESMA/2014/549, 22.Mai 2014.

<sup>4</sup> Richtlinie 2006/73/EG vom 10. August 2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie.

<sup>5</sup> Final Report ESMA's Technical Advice to the Commission on MiFID II and MiFIR, ESMA/2014/1569, Kap. 2.8. Safeguarding of client assets, S. 65, 19. Dezember 2014.

<sup>6</sup> S.o., S. 65, Rdnr. 11 a.E.

## Stellungnahme

BaFin Konsultation 07/2018

Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen

oversight“) habe. Die neue Regelung verpflichte die Firmen **nicht**, eine „distinctive function with sole responsibility for oversight of the safeguarding of client assets“ (ESMA Final Report, S. 65, Rdnr. 11) zu schaffen.

Dass hier keine zusätzliche, durch Unvereinbarkeitsregeln verstärkte Überwachungsfunktion geschaffen werden sollte, ergibt sich zudem aus Erwägungsgrund 5 del Rili. Der Beauftragte soll die Gesamtverantwortung für den Schutz der Kundenfinanzinstrumente tragen und befähigt und befugt sein, diese Pflichten erfüllen zu können. Dem Richtliniengeber ist es wichtig, dass es eine „Gesamtverantwortung“ für den Schutz der Kundenfinanzinstrumente gibt. Es soll mithin verhindert werden, dass die Verantwortung zersplittert wird und ein Gesamtüberblick über das Depotgeschäft des betreffenden Kreditinstituts nicht existiert.

Nach den obigen Ausführungen ist eine operative Funktion (z.B. durch den Leiter der Wertpapierabwicklung/Back Office) durchaus zulässig. Eine solche Zuweisung nach institutsspezifischen Kriterien wäre auch praxisgerecht. Entscheidend ist, dass die Einhaltung der regulatorischen Anforderungen zum Schutz der Kundenfinanzinstrumente sichergestellt ist. Dies erfolgt in der Regel durch den zuständigen Fachbereich, denn die notwendigen Ressourcen und Kenntnisse für den Beauftragten sind zumeist dort zu finden (sog. „First-Level-Kontrolle“). Daneben gibt es im Rahmen des Three-Lines-of-Defense-Modells ein ganzes System weiterer Kontrollmechanismen („Second-Level“-Kontrolle durch Compliance, „Third-Level“-Kontrolle durch Interne Revision, jährliche Depotprüfung), die in ihrer Gesamtheit eine ordnungsgemäße Verwahrung, Verwaltung und Abwicklung von Kundenfinanzinstrumenten sicherstellen. Für die vorgeschlagene Inkompatibilitätsregel zwischen Ausführungs- und Überwachungshandlung besteht daher nach unserer Einschätzung keine sachliche Notwendigkeit und keine gesetzliche Grundlage.

Folgerichtig wird es in Art. 7 del Rili der Wertpapierfirma überlassen, den Beauftragten organisatorisch zuzuordnen. Die mit Ziff. 2.1.5.4 verlangte Unabhängigkeit wird dabei gerade nicht verlangt.

Aus den vorgenannten Erwägungen wird die Streichung von Ziff. 2.1.5.4 angeregt.

### 2.1.5.5

Aus den zu Ziff. 2.1.5.4 zitierten rechtlichen Materialien lässt sich die beabsichtigte Zuweisung des Beauftragten **in der Person des Compliance-Beauftragten** i.S.d. Art. 22 Abs. 3 lit. b) del. VO ebenfalls nicht ableiten. Auch hier hatte ESMA zunächst im Konsultationspapier unter Ziffer 2.8, Rdnr. 11, S. 55, die Wahrnehmung der Aufgabe durch den Compliance-Beauftragten (eher beispielhaft) erwähnt. Im Final Report findet sich die konkrete Zuweisung der Aufgabe zum Compliance-Beauftragten gerade nicht. Vielmehr sprechen die Ausführungen der ESMA unter Ziff. 11 a.E. dafür, dass die **Aufgabe einem Mitarbeiter in Compliance zugewiesen** werden kann, der dann dem Prinzip der Funktionstrennung (Überwachungshandlung/Ausführungshandlung) folgen muss. Folgerichtig wäre daher eine Verweisung in Ziff. 2.1.5.5 auf die Compliance-Funktion i.S.d. Art. 22 Abs. 2 del. VO.

## 2.2 Vorgaben zur Drittverwahrung

### 2.2.1 Sorgfaltspflichten bei der Auswahl, Beauftragung und regelmäßigen Überwachung von Dritten, § 10 Abs. 1 WpDVerOV

Der vorliegende Entwurf der MaDepot zitiert § 10 Abs. 1 WpDVerOV in Bezug auf die Pflichten des WpDU bei der Auswahl, Beauftragung und Überwachung eines Dritten, bei dem es Kundenfinanzinstrumente verwahrt.

**Stellungnahme**

**BaFin Konsultation 07/2018**

**Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen**

Wir regen die Streichung von 2.2.1.1 und 2.2.1.2 oder die Einfügung eines – als solches erkennbaren – wörtlichen Zitats des Gesetzestextes an.

2.2.1.3

Nach Nr. 2.2.1.3 soll ein WpDU „in angemessenem Umfang auch die fachliche Eignung und die Zuverlässigkeit sowie die relevanten Vorschriften sowie die Marktpraktiken solcher Dritter einbeziehen, denen der ursprüngliche Dritte Funktionen in Bezug auf das Halten und die Verwahrung von Finanzinstrumenten übertragen hat“. Die Regelung unterstellt dem Grunde nach eine eigenverantwortliche Entscheidung des WpDU zur Auswahl jedes Drittverwahrers in der Verwahrkette ebenso wie fortlaufende Überwachungspflichten.

Eine Prüfung und Vorgehensweise wie hier vorgegeben würde bereits an fehlenden Vertragsbeziehungen zu dem weiteren Dritten scheitern. Außerdem stellt diese aufsichtliche Vorgabe eine Abkehr vom spezialgesetzlichen Prinzip des § 3 Abs. 1 Satz 1 DepotG (eigenverantwortliche Auswahl des Drittverwahrers) dar. Die Wertpapierverwahrung nach dem DepotG wird damit ähnlich wie eine Auslagerung nach den MaRisk behandelt. Die Drittverwahrung ist hingegen keine Auslagerung. Im Verwahrstellen-Rundschreiben WA 8/2015 ist zutreffender Weise explizit erwähnt, dass die Übertragung von Verwahrungsaufgaben gerade keine Auslagerung im Sinne der MaRisk ist.

Der Gesetzgeber hat dem Gesagten auch gerade dadurch Rechnung getragen, dass er gemäß § 10 Abs. 3 WpDVerOV die Vorgaben des Abs. 2, nicht jedoch die Vorgaben des Abs. 1, für anwendbar erklärt für die Fälle, in denen der Dritte seine Aufgaben auf einen anderen Dritten überträgt.

Nach der bisherigen Verwaltungspraxis sind Pflichten im Zusammenhang mit der Auslandsverwahrung von Wertpapieren von dem deutschen Kreditinstitut zu beachten und zu prüfen, das die „Brücke ins Ausland“ schlägt, also eine Verwahrbeziehung mit einem ausländischen Verwahrer begründet. Dieses Prinzip der Verwaltungspraxis wird durch die vorliegende Regelung in Nr. 2.2.1.3 geändert. Insbesondere kleinere Institute, die sich zur Erleichterung ihres Verwahrungsgeschäftes inländischer Dienstleister bedienen, müssten nach der im Entwurf vorliegenden Neuregelung jede Verwahrkette im In- und Ausland vollständig im Rahmen der angesprochenen Sorgfaltspflichten prüfen und überwachen.

Zunächst sollte die Vorschrift auf die Auslandsverwahrung beschränkt sein. Inländische Verwahrer unterliegen der sorgfältigen Aufsicht durch die BaFin und werden von dieser überwacht. Wir gehen daher davon aus, dass es einer angemessenen Verwaltungspraxis entspricht, davon auszugehen, dass ein WpDU seiner Sorgfaltspflicht bei der Auswahl und Überwachung eines Drittverwahrers nachgekommen ist, wenn dieser Drittverwahrer der Aufsicht durch die BaFin unterliegt.

Bei der Auslandsverwahrung sollten die hier in Rede stehenden Pflichten auf diejenigen WpDU beschränkt werden, die eine Verwahrbeziehung ins Ausland begründen.

Ferner müsste wohl im Hinblick auf die Umsetzung von MiFID II in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union und der damit einhergehenden Harmonisierung der grundlegenden Vorschriften des Wertpapieraufsichtsrechts davon ausgegangen werden, dass auch Drittverwahrer, die der Aufsicht einer Behörde eines Mitgliedsstaates unterliegen, als sorgfältig ausgewählt und überwacht im Sinne von § 10 Abs. 1 WpDVerOV gelten.

## Stellungnahme

### BaFin Konsultation 07/2018

#### Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen

##### 2.2.1.4

Erster Unterpunkt: Um Missverständnisse im Klammerzusatz zu vermeiden, sollte ungeachtet der Vorgaben in 2.2.2 die Formulierung „im Zuge der bei dem Drittverwahrer beginnenden Verwahrkette“ gestrichen werden. Denn das Prinzip der Trennung von Eigen- und Fremdbeständen gilt damit auf jeder Ebene der Verwahrkette gleichermaßen. Die zu streichende Formulierung wirft hingegen Fragen auf, welche Ebene der Verwahrkette damit gemeint sein könnte.

Zweiter Unterpunkt: die Formulierung deutet stark auf Pflichten hin, die im Rahmen einer Auslagerung zu beachten wären. Wir regen daher die Streichung an, da es sich bei einem Dritt- oder Unterverwahrverhältnis, wie in 2.2.1.3. oben erläutert, gerade nicht um eine Auslagerung handelt.

In diesem Sinne sollte auch das „regelmäßige Berichtswesen“ in 2.2.1.4 nicht im Sinne einer Auslagerung zu verstehen sein. Wir gehen daher davon aus, dass sich insofern nichts an der bisherigen Aufsichts- und Prüfungspraxis geändert hat und dass dabei auf die derzeitige Prozesse bei der Drittverwahrung abzustellen ist.

##### 2.2.1.6

Bei 2.2.1.6 stimmen wir zu, dass die Anforderungen nicht einschlägig sind, wenn es sich bei dem Dritten um einen nach der CSDR regulierten Zentralverwahrer handelt, da es sich hierbei um eigenständig regulierte und überwachte Finanzmarktinfrastrukturen (CSD-Regulierung) handelt. Insofern sind sie mit sonstigen WpDU nicht vergleichbar. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte jedoch allgemein auf Zentralverwahrer nach der CSDR abgestellt werden. Denn nach der Definition in Artikel 2 Abs. 1 Nr. 1 CSDR ist „Zentralverwahrer“ eine juristische Person, die ein Wertpapierliefer- und -abrechnungssystem nach Abschnitt A Nummer 3 des Anhangs betreibt und die (lediglich) wenigstens eine weitere Kerndienstleistung nach Abschnitt A des Anhangs erbringt. Auch im Rahmen der Wertpapierabwicklungsplattform des Eurosystems TARGET2-Securities erscheint es sinnvoll, nicht nur diejenigen Zentralverwahrer zu erfassen, die für die erstmalige Erfassung von Wertpapieren zuständig sind, sondern auch diejenigen, die mit diesen durch Zentralverwahrer-Verbindungen (Links) im Sinne der CSDR verbunden sind.

Sollte die MaDepot bereits Anwendung finden, bevor der Zentralverwahrer förmlich gemäß CSDR zugelassen ist, könnte für die Übergangszeit bis zur förmlichen Zulassung des CSD darauf abgestellt werden, dass der Zentralverwahrer einen entsprechenden Genehmigungsantrag bei der zuständigen Genehmigungsbehörde gestellt hat.

Wir gehen im Übrigen davon aus, dass nicht nur die Anforderungen von 2.2.1 auf Zentralverwahrer nach der CSDR keine Anwendung finden, sondern insgesamt die Regelungen des Abschnitts 2.2 keine Anwendung finden sollen.

#### 2.2.2 Hinterlegung bei Dritten in anderen Rechtsräumen, § 10 Abs. 2 und 3 WpDVerOV

2.2.2.1 und 2.2.2.2 geben offenbar den Gesetzestext wieder, so dass eine Streichung angeregt wird. Bei 2.2.2.2 ist überdies vermutlich der § 10 Abs. 2 Satz 2 WpDVerOV gemeint, da es einen Satz 3 nicht gibt.

#### 2.2.4 Regelmäßiger Abgleich mit den bei Dritten verwahrten Finanzinstrumenten, § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WpDVerOV

In 2.2.4.1 wird ausgeführt, dass die Häufigkeit des Abgleichs mit den Aufzeichnungen und Büchern risikoorientiert zu erfolgen hat. Diese Klarstellung ist grundsätzlich zu begrüßen. Wir machen jedoch

## Stellungnahme

BaFin Konsultation 07/2018

Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen

darauf aufmerksam, dass Teilnehmer von Zentralverwahrern (CSD-Teilnehmer) aufgrund von Art. 37 CSDR in Verbindung mit Art. 59 ff. delegierte Verordnung (EU) 2017/392 gehalten sind, diesen Abgleich täglich durchzuführen. Es erscheint daher naheliegend festzulegen, dass CSD-Teilnehmer den Abgleich gemäß CSDR täglich, und alle übrigen WpDU risikoorientiert vorzunehmen haben.

### 2.2.5. Sicherungs-, Pfand- oder Aufrechnungsrechte zu Gunsten Dritter

#### 2.2.5.2

In Ziff. 2.2.5.2 wird eine individuelle Kundeninformation für den Fall vorgeschrieben, dass dem Verwahrenenden in einem Drittstaat Sicherungs-, Pfand- oder Aufrechnungsrechte zustehen, die außerhalb der Kundenbeziehung stehen.

Eine maßgeschneiderte, auf den Adressaten zugeschnittene Kundeninformation dürfte sich als praktisch schwierig erweisen, da unterschiedlichste Kundengruppen angesprochen werden müssen. Wir regen daher an, eine Informationspflicht vorzusehen, die auch in generalisierter Form erfolgen kann, zumal auch im sonstigen Wertpapiergeschäft keine solche spezielle Adressierung erfolgt.

In Ziff. 2.2.5.1 wird darauf hingewiesen, dass sich die Pflicht nach § 10 Abs. 6 WpDVerOV auf solche Sicherungs-, Pfand- und Aufrechnungsrechte [für Forderungen] beschränkt, die nicht aus der Geschäftsbeziehung mit dem Kunden erwachsen oder auf der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen des Dritten an den Kunden beruhen. Wir regen an, deutlicher als durch das Wort „derartige“ in Ziff. 2.2.5.2 klarzustellen, dass die Informationspflicht nach § 10 Abs. 6 Satz 2 WpDVerOV nicht alle Sicherungs-, Pfand- und Aufrechnungsrechte erfasst. Beispielsweise könnte es heißen: „derartige Sicherungs-, Pfand- und Aufrechnungsrechte im Sinne von § 10 Abs. 6 WpDVerOV“ oder „im Sinne vorstehender Ziffer 2.2.5.1“.

#### 2.2.5.3

Ziff. 2.2.5.3 sieht vor, dass die „jeweiligen Rechte“ in das Verwahrungsbuch aufgenommen werden müssen. Gemeint ist offenbar das Verwahrungsbuch gemäß § 14 DepotG, denn § 10 Abs. 6 Satz 4 WpDVerOV gibt lediglich eine Aufnahme in den „Büchern“ des WpDU vor, § 10 Abs. 4 Nr. 1 WpDVerOV nimmt keinen Bezug auf das Verwahrungsbuch. Der Verweis auf § 10 Abs. 4 Nr. 1 WpDVerOV erscheint daher entbehrlich. Zudem sollte klargestellt werden, dass es sich nur um Rechte **für Forderungen** handelt, die nicht aus der Geschäftsbeziehung mit dem Kunden erwachsen oder auf der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen des Dritten an den Kunden beruhen (vgl. § 10 Abs. 6 WpDVerOV). Ferner sollte die Pflicht – entsprechend der Vorgabe in § 10 Abs. 6 Satz 4 WpDVerOV – auf von dem WpDU mit dem Dritten **vereinbarte** Rechte und solche gesetzlichen Rechte, die dem WpDU **mitgeteilt worden** sind, beschränkt werden. Wir regen daher die Streichung von 2.2.5.3 an. Stattdessen könnte auch der genaue Wortlaut von § 10 Abs. 6 WpDVerOV zitiert werden.

#### 2.2.5.4

2.2.5.4 soll offenbar den Gesetzeswortlaut wiedergeben. Die deutsche Textfassung des § 10 Abs. 6 Satz 3 WpDVerOV ist missverständlich. Gemeint ist, dass die betreffenden Rechte mit den Kunden vertraglich zu regeln sind (vgl. auch die englische Fassung der del. VO: “they shall be recorded in client contracts and the firm's own accounts to make the ownership status of client assets clear”). Dies kann also auch durch neue oder separate Verträge erfolgen. 2.2.5.4 wäre daher zu streichen oder könnte eine entsprechende Klarstellung enthalten.

2.3.1. Aufzeichnungen und korrekte Buchführung mit Blick auf die Zuordnung und die Abgrenzbarkeit der Kundenfinanzinstrumente, § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WpDVerOV

Auch in diesem Abschnitt sollte eine Trennung von Gesetzestext und Ausführungen der BaFin erfolgen. So wäre 2.3.1.1 entbehrlich oder sollte wörtlich zitiert werden. Der Abschnitt 2.3.1.3 geht anscheinend auf Artikel 2 Abs. 1 b) der delegierten Richtlinie 2017/593 zurück („sie [die WpDU] müssen ihre Aufzeichnungen und Konten so führen, dass diese stets korrekt sind und insbesondere mit den für Kunden gehaltenen Finanzinstrumenten und Geldern in Einklang stehen und als Prüfpfad dienen können“). Diese Selbstverständlichkeit wurde vom deutschen Gesetzgeber im Rahmen von § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WpDVerOV berücksichtigt, wodurch auch die Unsicherheit, was genau unter einem „Prüfpfad“ zu verstehen ist, beseitigt wurde. Hilfreich wäre es daher, wenn die MaDepot solche Unsicherheiten ebenfalls vermeiden könnten. So könnte entweder 2.3.1.3 gestrichen werden oder am Ende des Abschnitts der Punkt durch einen Doppelpunkt ersetzt werden.

### 3. Verhaltenspflichten

#### 3.1 Informations- und Verwaltungspflichten

##### 3.1.2 Spezifische Informationen zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten gemäß Art. 49 del. VO

3.1.2.1 bis 3.1.2.7 zitieren die gesetzlichen Vorgaben aus der delegierten Verordnung, die sich an alle Mitgliedstaaten – je nach nationaler Ausgestaltung der anwendbaren rechtlichen Vorgaben – richten. Wir regen auch hier an, anstelle der Zitierung die für Deutschland gültigen Anforderungen konkret vorzugeben.

In Ziff. 3.1.2.3 wird beispielsweise die Vorgabe aus Art. 49 Abs. 3 del. VO wiedergegeben, wonach das WpDU seine Kunden deutlich vor den Risiken einer Drittsammelverwahrung zu warnen hat. Unseres Erachtens wäre insoweit zweckmäßig, den Bezug zwischen dieser europarechtlichen Vorgabe und den Pflichten der WpDU vor dem Hintergrund der Rechtslage in Deutschland darzustellen. Es stellt sich die Frage, welche Risiken mit der Drittsammelverwahrung nach deutschem Recht – sowohl im In- als auch im Ausland – verbunden sind. Die Drittsammelverwahrung ist die Regelverwahrform nach dem deutschen Depotrecht. Wir gehen weiterhin davon aus, dass bei Beachtung der Vorschriften des Depotgesetzes mit der Drittsammelverwahrung von Wertpapieren im In- oder im Ausland keine Risiken für den Anleger verbunden sind.

Risiken können allenfalls dann bestehen, wenn ein WpDU ohne Erlaubnis zum Betreiben des Depotgeschäfts Wertpapiere ungetrennt durch ein anderes WpDU (mit einer solchen Erlaubnis) zur Verwahrung anvertraut (vgl. § 84 Abs. 5 WpHG). Bei einer solchen Verwahrung handelt es sich aber um keine Drittsammelverwahrung, weil das WpDU ohne Erlaubnis zum Betreiben des Depotgeschäfts gerade nicht Verwahrer, sondern selber Hinterleger – treuhänderisch für seinen Kunden – ist.

Die MaDepot sollte daher zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten klarstellen, dass WpDU die Kunden vor Risiken warnt, **soweit** solche überhaupt bestehen.

Ziffer 3.1.2.4 wäre – um ein weiteres Beispiel zu nennen - zu streichen, da es nach deutschem Recht durchaus möglich ist, Kundenfinanzinstrumente getrennt zu halten.

**Stellungnahme**

**BaFin Konsultation 07/2018**

**Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen**

Bei 3.1.2.7 wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass in Fällen, bei denen bereits eine Information gemäß Art. 15 Verordnung (EU) 2015/2365 (SFT-Verordnung) erfolgt ist, diese den Anforderungen des Art. 49 Abs. 7 del. VO genügt. Anderenfalls würde es zu einem nutzlosen Verwaltungsmehraufwand führen, da eine doppelte Information gleichen Inhalts gefordert würde.

3.1.3 Aufstellung über Kundenfinanzinstrumente

3.1.3.1 und 3.1.3.2

Es ist umstritten, wie die Ausnahmevorschrift des Art. 63 del. VO zu verstehen ist. Die MaDepot bekräftigen an dieser Stelle die zuletzt von der BaFin getroffene Aussage, wonach auch Kreditinstitute, die über eine Erlaubnis zum Betreiben des Einlagengeschäfts verfügen, in Bezug auf Finanzinstrumente eine solche quartalsweise Aufstellung dem Kunden zu übermitteln haben. Unter bestimmten Umständen soll es nach den MaDepot ausreichen, wenn der Kunde die Möglichkeit des Zugriffs auf aktuelle Aufstellungen mittels Online-Bankings hat. Es sollte konkretisiert werden, welche Umstände dazu führen, dass eine Aufstellung dem Kunden nicht übermittelt werden muss.

Die Verpflichtung soll nach Ziffer 3.1.3.2 auch WpDU treffen, die als Kreditinstitute über eine Zulassung gemäß der Richtlinie 2000/12/EG verfügen. Wir weisen darauf hin, dass die zitierte Richtlinie nicht mehr existiert und der Verweis wohl auf die Richtlinie 2006/48/EG gerichtet sein müsste.

Die MaDepot machen hingegen keine Ausführungen hinsichtlich des Jahresdepotauszuges, so dass für den Rechtsanwender unklar ist, in welchem Verhältnis die Aufstellung gemäß Art. 63 del. VO und der bislang übliche Jahresdepotauszug zueinander stehen. Da der Jahresdepotauszug im Gegensatz zum Quartalsauszug nicht nur informatischen Charakter hat, sondern auch der Abstimmung der Depots dient, ist unser Verständnis, dass das WpDU mit dem Jahresdepotauszug auch die Vorgaben für den Quartalsauszug, der in das gleiche Quartal wie der Jahresdepotauszugs fällt, erfüllen kann. Eine ausdrückliche Klarstellung in der MaDepot wäre hier wünschenswert.

3.1.4 Verwaltung von verwahrten Kundenfinanzinstrumenten, § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WpHG

Hier wird im Zusammenhang mit der Verwaltung von verwahrten Kundenfinanzinstrumenten Bezug auf § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WpHG genommen. Der genannte Paragraph bezieht sich jedoch auf die Mitteilungspflichten nichtfinanzieller Gegenparteien; wir bitten um eine entsprechende Korrektur.

3.1.4.2.

Die Sätze 1 bis 3 geben im Wesentlichen die dort genannten Vorschriften wieder und können daher gestrichen werden. Die Formulierung in Satz 4 „Die Informationen, die das WpDU den Kunden über die vertraglich übernommenen Verwaltungspflichten erteilt“ verstehen wir so, dass damit die Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte gemeint sind. Eine Klarstellung wäre hilfreich.

3.1.4.3

Nach unserem Verständnis muss ein WpDU grundsätzlich darauf hinweisen, wenn und soweit es von den üblicherweise verwendeten Sonderbedingungen in der Weise abweicht, dass im Verhältnis zum betreffenden Kunden weniger geleistet wird.

Im Geschäft mit institutionellen Kunden, insbesondere in- und ausländischen Kreditinstituten (Custody-Geschäft) ist es üblich, dass die Pflichten des depotführenden Kreditinstituts nicht mittels

**Stellungnahme**

**BaFin Konsultation 07/2018**

**Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen**

Sonderbedingungen, sondern im Rahmen von individuellen, sogenannten „Service Level Agreements“ detaillierter festgelegt werden, als dies in den standardisierten Sonderbedingungen vorgesehen ist. In solchen Fällen sollte das depotführende Institut nach Auffassung der Deutschen Kreditwirtschaft nicht zusätzlich verpflichtet sein, darauf hinzuweisen, dass die – in der konkreten Geschäftsbeziehung ohnehin nicht relevanten – Sonderbedingungen nicht gelten. Wir regen deshalb an, in der Empfehlung des 3.1.4.3 zu ergänzen, dass Kunden, *soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist*, entsprechend zu informieren wären.

Wie bereits in Abschnitt 1.5 oben erwähnt, wird sich für ausländische Zweigstellen inländischer Institute oftmals die Notwendigkeit einer abweichenden Dokumentation aufgrund zusätzlicher Vorgaben des Gastlandes ergeben. Da hierbei jedoch der Schutz des Kunden inhaltlich entsprechend berücksichtigt wird, sollten diese Umstände bei der Prüfung ebenfalls einbezogen werden.

3.2.1.2 Anderweitige unberechtigte Verwendung von Kundenfinanzinstrumenten

Wie die MaDepot ausführen, verbietet § 84 Abs. 6 WpHG die unbefugte Verwendung von Kundenfinanzinstrumenten. Eine solche Verwendung wäre zwar regelmäßig mit einer Ausbuchung der betreffenden Finanzinstrumente verbunden, wir machen jedoch darauf aufmerksam, dass nicht jede Ausbuchung in der in Satz 2 von 3.2.1.2 beschriebenen Weise eine unbefugte Verwendung darstellt.

Insbesondere Ausbuchungen im Zusammenhang mit Kapitalmaßnahmen stellen keine unbefugte Verwendung im Sinne des § 84 Abs. 6 WpHG dar. Wir gehen daher davon aus, dass alle Buchungsvorgänge und sonstigen Maßnahmen, die im Zuge von Entscheidungen durch den Emittenten (z.B. Kapitalmaßnahmen, Endfälligkeit etc.) erforderlich werden, für Rechnung des Kunden selbst in Ausführung seines Geschäftsbesorgungsauftrags erfolgen und daher nicht unter das Verbot des § 84 Abs. 6 WpHG fallen können. Wir regen an, diesen Umstand auch in Satz 2 von 3.2.1.2 zu reflektieren, beispielsweise durch ausdrückliche Klarstellung, dass es sich bei der Durchführung von Kapitalmaßnahmen und sonstigen Verwaltungsmaßnahmen nach den Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte nicht um eine unbefugte Verwendung im Sinne des § 84 Abs. 6 WpHG handelt.

Gleichfalls ist die depotführende Bank auch nicht verpflichtet, Bruchstücke von Wertpapieren für den Kunden zu verwahren und in dessen Depot zu verbuchen. Eine solche Verbuchung erfolgt gegebenenfalls aufgrund ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung mit dem Kunden (z.B. bei bestimmten Wertpapiersparplänen). Des Weiteren machen wir darauf aufmerksam, dass es mit Ausnahme von Fondsinvestmentanteilscheinen insbesondere in anderen EU-Märkten auch abwicklungstechnisch nicht möglich ist, einen Bestand, der kleiner als 1 ist, zu handeln oder zu liefern und damit zu verbuchen (sogenannte kleinste handel- und lieferbare Einheit).

Wie die Deutsche Kreditwirtschaft mit Blick auf Satz 3 des 3.2.1.2 bereits mit Vermerk vom 20. März 2017 an die BaFin ausgeführt hat, sind sämtliche EU-Depotinstitute innerhalb der Verwahrkette aufgrund der Europäischen Marktstandards für Kapitalmaßnahmen verpflichtet, die im Rahmen von Kapitalmaßnahmen gegebenenfalls entstehenden Spitzen, teilweise auch „Bruchstücke“ (Fractions) genannt, nach unten abzurunden. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Marktstandards, die unter Mitwirkung europäischer und nationaler staatlicher Stellen entstanden sind, ausdrücklich anerkannt. Auch Depotinstitute in Märkten außerhalb der EU befolgen diese Praxis weltweit. Die vom Emittenten festgelegten Einzelheiten – insbesondere das Umtauschverhältnis – können vom Kunden nicht beeinflusst werden, so dass auch eine Einbuchung der ihm nicht zustehenden Spitzen weder vom Kunden verlangt, noch eine Ausbuchung von seiner Zustimmung abhängig gemacht werden kann. Die Ausbuchung erfolgt vielmehr als Folge der Kapitalmaßnahme und stellt insofern die Verwirklichung eines Investmentrisikos



**Stellungnahme**

**BaFin Konsultation 07/2018**

**Entwurf: Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen**

hinsichtlich des betreffenden Finanzinstruments dar. Wir fügen den genannten Vermerk dieser Stellungnahme als Anlage bei.

Wir regen deshalb an, Satz 3 dieser Ziffer zu streichen und stattdessen die Klarstellung aufzunehmen, dass diese Ziffer bei Bruchstücken nur dann gilt, wenn und soweit die depotführende Bank mit dem Kunden eine Einbuchung von Bruchstücken vereinbart hat.

#### **4. Aufzeichnungs- und Aufbewahrungsfristen**

##### **4.2 Aufzeichnungspflichten bezüglich §§ 128 und 135 des Aktiengesetzes**

Nach dem vorliegenden Entwurf hat das WpDU über den Eingang und Inhalt der Mitteilungen nach § 125 Abs. 1 AktG Aufzeichnungen zu erstellen und mindestens für die Dauer von 5 Jahren ab dem Zeitpunkt ihrer Erstellung aufzubewahren. In der Praxis werden die Informationen über die Einberufung der Hauptversammlung regelmäßig nicht direkt von den Aktiengesellschaften an die Kreditinstitute übermittelt. Vielmehr entnehmen die Kreditinstitute die Informationen überwiegend aus dem Datenservice der Wertpapier-Mitteilungen und ggf. zusätzlich aus dem elektronischen Bundesanzeiger. Aus diesen Daten kann das Kreditinstitut die Mitteilung an die Kunden nach § 128 Abs. 1 Satz 1 AktG selbst erstellen und übermitteln.

Vor diesem Hintergrund sollte überlegt werden, die Pflichten in Bezug auf die Erstellung von Aufzeichnungen zu „Eingang und Inhalt der Mitteilungen nach § 125 Abs. 1 AktG“ anders zu fassen und beispielsweise um eine Formulierung zu ergänzen, nach der das WpDU stattdessen auch die selbst generierte Mitteilung aufbewahren kann.

Ergänzend weisen wir darauf hin, dass nur in den Fällen eine direkte Information der Kreditinstitute erfolgt, wenn die Aktiengesellschaft zusätzliches Informationsmaterial über die Kreditinstitute an die Anleger – postalisch oder elektronisch – verteilen will. Dieses Informationsmaterial gehört nicht zu den notwendigen Elementen der Mitteilung über die Hauptversammlung, so dass der Eingang und Inhalt dieses Informationsmaterials nicht Gegenstand der Aufzeichnungspflichten der Kreditinstitute ist. Wir gehen daher davon aus, dass die Weiterleitung dieser Unterlagen an die Aktionäre nicht Gegenstand der nach dem zweiten Spiegelstrich von Nr. 4.2 des vorliegenden Entwurfes aufgeführten Aufzeichnungspflicht ist.

Im vorletzten Aufzählungspunkt auf Seite 20 dürfte statt § 135 Abs. 3 richtigerweise § 135 Abs. 2 Satz 4 und § 135 Abs. 2 Satz 5 AktG gemeint sein.