

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Referat WA 36
Marie-Curie-Straße 24-28
60439 Frankfurt/Main

Per E-Mail: Konsultation-07-18@bafin.de

Düsseldorf, 8. Juni 2018

567

**Konsultation 07/2018 – MaDepot
Geschäftszeichen WA 36-Wp 2020-2017/0005**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken Ihnen für die Gelegenheit, aus Sicht des Berufsstands der Wirtschaftsprüfer zum Entwurf eines Rundschreibens zu den Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (MaDepot-E) vom 26.04.2018 Stellung nehmen zu dürfen.

Übergreifend weisen wir darauf hin, dass in den MaDepot-E Regulierungen getroffen werden, die bereits im DepotG, der Depotbekanntmachung der BaFin aus 1998, als auch dem BaFin Rundschreiben 8/2015 (WA) für Teilmengen der Finanzinstrumente oder deren Hinterleger (z.B. Kapitalanlagegesellschaften) enthalten sind. In der MaDepot-E sind jedoch an mehreren Stellen abweichende Ausführungen enthalten und Aspekte des Sachenrechts nicht berücksichtigt. Die uneinheitlichen Vorgaben seitens der BaFin in parallel anzuwendenden Verlautbarungen können u.E. zu einer erhöhten Fehleranfälligkeit in der Umsetzung, als auch uneinheitlichen Interpretation der Bankenbranche führen. Dies sollte u.E. im Interesse des Kundenschutzes vermieden werden.

Zu 1.1 Gegenstand und Inhalt der MaDepot: „Aufsichtsrechtliche“ Vorgaben an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts

Nach der in Ziff. 1.1 Abs. 2 und 3 MaDepot-E dargelegten Auffassung ergeben sich die wesentlichen (aufsichtsrechtlichen) Vorgaben an die ordnungsgemäße

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e.V.

Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

TELEFONZENTRALE:
+49 (0) 211 / 45 61 - 0

FAX GESCHÄFTSLEITUNG:
+49 (0) 211 / 4 54 10 97

INTERNET:
www.idw.de

E-MAIL:
info@idw.de

BANKVERBINDUNG:
Deutsche Bank AG Düsseldorf
IBAN: DE53 3007 0010 0748 0213 00
BIC: DEUTDE33XXX
USt-ID Nummer: DE119353203

GESCHÄFTSFÜHRENDER VORSTAND:
Prof. Dr. Klaus-Peter Naumann,
WP StB, Sprecher des Vorstands;
Dr. Klaus-Peter Feld, WP StB;
Dr. Daniela Kelm, RA LL.M.;
Melanie Sack, WP StB

Seite 2/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

Erbringung des Depotgeschäfts aus dem 11. Abschnitt des WpHG, insb. § 84 WpHG in Verbindung mit § 10 WpDVerOV sowie aus der MiFID II Delegierten Verordnung (EU) 2017/565. Bestimmte „zivilrechtliche“ Anforderungen des DepotG, z.B. § 6 Abs. 2 DepotG sollen danach nicht direkt in die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit des Depotgeschäfts einfließen, sondern nur über den „Umweg“ eines Verstoßes gegen die allgemeine Verhaltenspflicht des § 63 Abs. 1 WpHG.

Diese Trennung zwischen „aufsichtsrechtlichen“ und „zivilrechtlichen“ Anforderungen in Bezug auf die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren erscheint uns fraglich.

Für die Verwahrung, die Verwaltung, Verfügungen oder andere Geschäfte in Wertpapieren i.S.d. § 1 DepotG stellt das DepotG diejenigen maßgeblichen nationalen Anforderungen für den Geschäftsverkehr auf, die den Eigentümer eines Wertpapiers vor dem Verlust des Eigentums, unberechtigten Verfügungen des Verwahrers oder eines Dritten sowie der Insolvenz des Verwahrers schützen. Ferner bietet das DepotG dem Kommittenten im Falle der Einkaufskommission einen besonderen Insolvenzschutz für den Fall der Insolvenz des Kommissionärs. Die Vorschriften des DepotG erfüllen damit eine wesentliche ordnungspolitische Aufgabe zur Gewährleistung funktionierender Finanz- und Kapitalmärkte.

Aufgrund der Architektur der Finanzmärkte sind die Tatbestände der „Verwahrung“ und „Verwaltung“ von Wertpapieren die Fundamente der Nachhandelsphase (Clearing und Settlement) des gesamten Effektenhandels. Aus diesem Grund sind sie zu Recht Gegenstand der vom Gesetzgeber angeordneten staatlichen Aufsicht über Unternehmen, die gewerblich das Depotgeschäft betreiben, sowie der damit verbundenen gesetzlichen Pflichtprüfung.

Maßgeblich für die Beurteilung der „Ordnungsmäßigkeit des Depotgeschäfts“ und den Schutz der Kundenwertpapiere sind dabei sowohl für die betroffenen Unternehmen (Stichwort: Risikoanalyse), die staatliche Aufsicht als auch den externen Prüfer alle Rechtsnormen, die materiell rechtlich den Schutz der Kundenwertpapiere bewirken.

Wir erlauben uns an dieser Stelle den für eine Konsultation eher unüblichen Hinweis auf die detaillierte Analyse des geltenden deutschen Rechts des Effektingiroverkehrs von Simon Schwarz¹ im Rechtsvergleich mit den in den USA, Belgien und Luxemburg geltenden Effektingensystemen. Die darin enthaltenen

¹ Vgl. Schwarz, Simon – Tübingen, Globaler Effektenhandel, Mohr Siebeck [2016], 1. Auflage, S. 127 ff, S. 174

Seite 3/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

Ausführungen zum Risikomanagement moderner Effektsysteme lassen sich u.E. wie folgt zusammen zu fassen:

Das Depotrecht im weiteren Sinne stellt eine komplexe Querschnittsmaterie dar, die eine Reihe unterschiedlicher Rechtsgebiete berührt, namentlich das Bürgerliche Recht, das Handelsrecht, das Gesellschaftsrecht, das Kollisionsrecht sowie das Bankaufsichtsrecht, letzteres insb. in Bezug auf das Risikomanagement moderner Effektsysteme.

Für das Risikomanagement der Nachhandelsphase sind für jedes Institut neben den vier Basistypen von Einzelrisiken (Liquiditäts-, Kredit-, Einlagen/Verwahr- und Betriebsrisiko) auch die typenübergreifenden Risiken des systematischen Risikos und insb. das im grenzüberschreitenden Effektenhandel sehr bedeutsame Rechtsrisiko relevant.

Die Kontrolle und Begrenzung des Systemrisikos liegt im gemeinsamen Interesse aller Marktteilnehmer und wird gleichermaßen von Gesetzgeber und Marktaufsichtsorgan als elementares Ziel des Kapitalmarktrechts ausgewiesen. Aufgrund der systembedingten Interdependenzen moderner buchungsgestützter Effektsysteme in der Nachhandelsphase lassen sich Systemgefahren in erster Linie dadurch beherrschen, dass alle Marktteilnehmer in eine Lage versetzt werden, in der diese ihr eigenes Risikoprofil individuell feststellen, bewerten und durch geeignete Maßnahmen begrenzen können (Makrosystemstabilität durch Mikro-Risikokontrolle).

Mithin liegt auch i.R.d. Risikosteuerung ein besonderer Fokus auf dem Rechtsverhältnis zwischen dem jeweiligen Depotkunden (sei es ein Endanleger oder Zwischenverwahrer) und dessen unmittelbaren Intermediär.

Sowohl Risikobewertung als auch Risikokontrolle setzen einen klaren Rechtsrahmen für buchungsgestützte Effektsysteme voraus. Von grundlegender Bedeutung ist, dass Sicherheit über die Bedeutung des faktischen Vermögensgegenstands „Depotgutschrift“, dessen wirksame und verlässliche Übertragung bzw. Verpfändung besteht, sowie eine hinreichende Vorhersehbarkeit ex ante der rechtlichen Wirkungsweise von Transaktionen. Inhaltlich müssen sich die Teilnehmer unter anderem auf eine hinreichende Abschirmung dieses Vermögensgegenstandes vom Einlagen- und Kreditrisiko ihres Intermediärs verlassen können. Anderenfalls drohen erhebliche systemische Gefahren. Das Anforderungsprofil an den Rechtsrahmen bezieht sich gleichermaßen auf sachenrechtliche wie kollisionsrechtliche Bestimmungen.

Eine wirksame Marktaufsicht in Bezug auf das Risikomanagement moderner Effektsysteme als wesentliches Instrument zur Begrenzung von Systemrisiken

Seite 4/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

und damit die „aufsichtsrechtlichen“ Vorgaben kann daher nach unserer Auffassung nicht isoliert neben zivilrechtlichen Bestimmungen stehen, sondern muss diese gleichermaßen berücksichtigen, also gerade und insb. „zivilrechtliche“ Anforderungen, namentlich das Sachenrecht und das Kollisionsrecht.

Aus Sicht des Berufsstandes sehen wir es wegen der fundamentalen wirtschaftlichen Bedeutung des globalen Effektenhandels in der Nachhandelsphase² daher kritisch, bestimmte – von der Aufsicht als „zivilrechtlich“, im Übrigen aber nicht näher definierte – Rechtsgebiete für die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit des Depotgeschäfts auszuschließen.

Dasselbe gilt für die Anforderungen nach der Depotbekanntmachung. Der Effektenhandel ist international und in diesem Zusammenhang erlangt das Institut der von der Rechtspraxis entwickelten Drei-Punkte-Erklärung eine besondere Bedeutung für den Schutz der Kundenvermögenswerte, die sich nicht nur auf Privatkunden (Endinvestoren) beschränkt, sondern ebenso alle Intermediäre erfasst.

Das BGH Urteil vom 09.06.2016 (IX ZR 314/14) zu standardmäßig in der (internationalen) Bankpraxis verwendeten Nettingvereinbarungen belegte in beeindruckender Weise den oben skizzierten und untrennbaren Zusammenhang zwischen (zivilrechtlichen) Rahmenbedingungen und systemischen Risiken. Letztere gaben den Ausschlag für den Erlass einer BaFin Allgemeinverfügung³ und in der Folge einer Änderung des § 104 InsO.

Zugleich widerlegt dieses Urteil ebenso eindrücklich die jetzt in den MaDepot-E nicht nur ausdrücklich, sondern mittels Unterstrich besonders hervorgehobene Abgrenzung zwischen „aufsichtsrechtlichen“ und „zivilrechtlichen“ Anforderungen für die Depotprüfung.

² Nach einem von Simon Schwarz angestellten Vergleich hat der Internationale Währungsfonds für das Kalenderjahr 2009 ein globales Bruttoinlandsprodukt in Höhe von knapp 58 Billionen US \$ errechnet, während allein die Wertpapierabwicklungssysteme der G 10 im gleichen Zeitraum Transaktionen mit einem Gesamtvolumen von über 1.660 Billionen US \$ bearbeiteten. Hieraus folge ein durchschnittliches Umschlagsvolumen von mehr als 4,5 Billionen US \$ pro Kalendertag, so dass alle zwei Wochen das weltweite Bruttoinlandsprodukt überschritten wird, vgl. Schwarz, Simon – Tübingen, Globaler Effektenhandel, Mohr Siebeck [2016], 1. Auflage, S. 2 m.w.N.

³ Allgemeinverfügung zu Nettingvereinbarungen im Anwendungsbereich des deutschen Insolvenzrechts
GZ: ED WA-Wp 1000-2016/0001 vom 09.06.2016,
https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_160609_allgvfg_nettingvereinbarungen.html.

Seite 5/16 zum Schreiben vom 08.06.0218 an die BaFin, Referat WA 36

Vorkehrungen und Maßnahmen zum Schutz von Kundenwertpapieren können in Bezug auf ihre „Wirksamkeit“ oder „Eignung“ u.E. nicht ohne Betrachtung der zivil- und kollisionsrechtlichen Rechtswirksamkeit beurteilt werden.

Für die Prüfung der „Ordnungsmäßigkeit“ des Depotgeschäfts i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 DepotG, die durch § 89 Abs. 1 Satz 2 WpHG ausdrücklich angeordnet wird, ist damit u.E. auch immer eine Überprüfung erforderlich, ob die von der Wertpapierfirma zum Schutz der Kundenwertpapiere getroffenen Maßnahmen, alle anwendbaren Rechtsvorschriften angemessen berücksichtigt haben.

Zu 1.2 Eingrenzung des Anwendungsgebiets

Im Abschnitt 1.2 MaDepot-E wird klargestellt, dass das Rundschreiben nur die Anforderungen an den Schutz von Finanzinstrumenten der Kunden betrifft. Hierbei bleibt jedoch u.E. unklar, welche Definition des Begriffs „Finanzinstrument“ (z.B. § 2 Abs. 4 WpHG) hierbei zugrunde zu legen ist. Im weiteren Verlauf der MaDepot-E wird sich jedoch vermehrt auf „Wertpapiere“ Bezug genommen, die grundsätzlich jedoch nur eine Teilmenge der „Finanzinstrumente“ darstellen. Wir regen eine Klarstellung an, welche Definition von „Finanzinstrument“ zugrunde zu legen ist und nur dort den Begriff „Wertpapier“ zu verwenden, wo Anforderungen an diese Teilmenge beschrieben werden (siehe auch Anmerkungen zu Ziff. 2.1.1.4).

Zu 1.3 und 1.4 Depotprüfung und Anwendbarkeit Depotbekanntmachung

§ 89 Abs. 1 Satz 2 WpHG wurde im Vergleich zu seiner Vorgängerregelung (§ 36 Abs. 1 Satz 2 WpHG) nicht geändert. § 89 Abs. 1 Satz 2 WpHG nimmt ausdrücklich Bezug auf das Depotgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KWG. Die Depotbekanntmachung beruht maßgeblich auf den Vorschriften des DepotG. Sie konkretisiert u.a. diejenigen maßgeblichen Vorkehrungen zum Schutz solcher Kundenfinanzinstrumente, die Wertpapiere i.S.d. § 1 DepotG sind, und damit für solche Wertpapiere gleichzeitig die in § 84 Abs. 4 WpHG geforderten „geeigneten“ Vorkehrungen für einen solchen Schutz.

Einige dieser Vorkehrungen werden durch die MaDepot-E nur teilweise inhaltlich aufgegriffen und ohne Notwendigkeit im Vergleich zur Ordnung der bisherigen Depotbekanntmachung neu gegliedert und im Wortlaut modifiziert.

So entsprechen die beispielhaft unter der Ziff. 2.1.1.5 aufgeführten Maßnahmen sowie die in Unterabschnitt 2.1.3 (Organisatorische Vorkehrungen ...) sowie Abschnitt 2.3. (Vorgaben zur Depotbuchführung der WpDU) genannten Maßnahmen teilweise denjenigen der Nr. 10 der Depotbekanntmachung, wobei sie den Fokus auf manuelle Prozesse und Tätigkeiten setzen (vgl. dazu unten).

Seite 6/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

Maßgebliche Anforderungen der Depotbekanntmachung werden hingegen ohne erkennbaren Grund weggelassen. Dazu gehören u.a.:

- die Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung (GoB) nach Nr. 10 Abs. 1 Depotbekanntmachung,
- Einzelheiten zur Führung des Verwahrungsbuchs nach Nr. 10 Abs. 2 Depotbekanntmachung,
- Anforderungen an die Bezeichnung der Depots nach Nr. 10 Abs. 4 Depotbekanntmachung sowie
- die Anforderungen an die Durchführung der Depotabstimmung mit der Kundschaft nach Nr. 11 der Depotbekanntmachung.

Ein sachlicher Grund für die unterschiedlichen Anforderungen in Bezug auf die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren, also das Depotgeschäft i.S.d. Legaldefinition des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KWG, durch Kreditinstitute, die „nur“ Kreditinstitute und nicht gleichzeitig Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WpDU) i.S.d. § 2 WpHG sind, ist u.E. nicht erkennbar.

Das Depotgeschäft wird in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KWG als Bankgeschäft legal definiert als „Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere“.

Wesentliche aufsichtsrechtliche Vorgaben an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts i.S. dieser Definition des KWG finden sich im KWG. Betreibt ein Unternehmen im Inland die Verwahrung oder Verwaltung von Wertpapieren gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, so benötigt er dafür eine bankaufsichtliche Lizenz. Das Betreiben des Depotgeschäfts i.S.d. KWG qualifiziert ein Unternehmen aber nicht als WpDU i.S.d. § 2 WpHG.

Die Anforderungen nach KWG werden dadurch, dass ein Institut neben dem Depotgeschäft auch solche Dienstleistungen, die als Wertpapierdienstleistungen i.S.d. WpHG qualifiziert werden, erbringt, materiell nicht aufgehoben; d.h. das Unternehmen muss materiell sowohl die Anforderungen des KWG als auch die Anforderungen des WpHG erfüllen.

Zu den Anforderungen des KWG für die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren gehört auch die Beachtung der Anforderungen des DepotG. Dies folgt u.a. aus § 36 KWG: Nach § 36 Abs. 2 KWG kann die BaFin die Abberufung eines Geschäftsleiters verlangen sowie ein Tätigkeitsverbot aussprechen, sofern ein Geschäftsleiter leichtfertig oder vorsätzlich gegen die Anforderungen des DepotG verstoßen hat. Der Gesetzgeber misst also auch für „Aufsichtszwecke“

Seite 7/16 zum Schreiben vom 08.06.0218 an die BaFin, Referat WA 36

dem DepotG den gleichen Rang zu wie dem KWG, dem KAGB oder dem WpHG.

Wie oben ausgeführt, konkretisiert die Depotbekanntmachung die Anforderungen des DepotG.

Für die Zwecke einer einheitlichen Aufsicht regen wir daher an, die aufgezeigten Verwerfungen zwischen Depotbekanntmachung und MaDepot in Bezug auf die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren i.S.d. DepotG aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu bereinigen.

Das Gleiche gilt für die Prüfungsanforderungen: Für ein „Nur“ Kreditinstitut folgt die Prüfungsanordnung aus § 29 Abs 2 KWG. Die Prüfung erfolgt unter Anwendung der Depotbekanntmachung.

Wird dieselbe Geschäftstätigkeit, nämlich das Depotgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KWG, durch ein Kreditinstitut ausgeführt, das gleichzeitig ein WpDU i.S.d. § 2 WpHG ist, darf u.E. für eine Prüfung nach Maßgabe des § 89 Abs. 1 Satz 2 WpHG bei Anwendung des Grundsatzes „same business – same rules“ kein anderer Maßstab gelten.

Im Übrigen weisen wir darauf hin, dass sich die Anforderungen an die Prüfung für Wirtschaftsprüfer aus den unmittelbaren gesetzlichen Bestimmungen sowie der PrüfBV und der WpDPV ergeben. In Abschnitt 1.1 MaDepot-E wird zudem ausgeführt, dass sich die MaDepot an Anwender des Depotgeschäfts richtet. Vor diesem Hintergrund erscheint es uns – auch im Vergleich zu anderen Rundschreiben der BaFin – nicht systematisch, in der MaDepot-E auch Anforderungen an die Depotprüfung aufzunehmen.

Zu 1.4 Keine Anwendbarkeit der Depotbekanntmachung und 2.1.3 Organisatorische Vorkehrungen – Jährliche Depotabstimmung mit der Kundenschaft

Wie vorstehend ausgeführt, finden sich in den MaDepot-E im Vergleich zu Nr. 11 der Depotbekanntmachung keine ausdrücklichen Anforderungen zur Durchführung einer jährlichen Depotabstimmung mit der Kundenschaft. Im Einzelnen:

Depotbekanntmachung 11 (2)

Die Anforderungen an den Depotjahresauszug fordern, dass im Ausland angeschaffte und dort verwahrte Wertpapiere in den Depotauszügen wie in den Verwahrungsbüchern als Posten der Wertpapierrechnung unter Angabe des Lagerlandes auszuweisen sind. Diese für den Kunden aus insolvenzrechtlichen Aspekten sinnvolle Information wird im Art. 63 Delegierte Verordnung (EU)

Seite 8/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

2017/565 nicht verlangt. Sollte dies unter die Anforderungen des Art. 63 Abs. 2e) gefasst werden, so wäre u.E. eine Klarstellung in den MaDepot wünschenswert.

Depotbekanntmachung 11 (3) und (4)

Die Anforderungen an die Erstellung und den Versand der Depotauszüge sowie die Voraussetzungen für einen Verzicht auf Depotanerkennnisse finden sich in dem Detaillierungsgrad der Depotbekanntmachung weder in den allgemeinen Organisationsanforderungen des § 80 Abs. 1 WpHG noch des Art. 21 Abs. 1 Delegierte Verordnung (EU) 2017/565.

Die Anforderungen an das für die Depotabstimmung zu beachtende Verfahren sind u.E. elementare Vorkehrungen zur Vorbeugung gegen unberechtigte Verfügungen über Kundenwertpapiere. Eine entsprechende Übernahme in die MaDepot, entweder als eigener Abschnitt oder Unterabschnitt zu Abschnitt 2.1.3 „Organisatorische Vorkehrungen“, erscheint uns daher sinnvoll.

Zu 1.5: Reichweite der Anwendbarkeit auf Zweigniederlassungen gemäß § 53b KWG

Für den Anwendungsfall, dass eine Zweigniederlassung gemäß § 53b KWG ihren Kunden im Inland das Depotgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KWG anbietet, regen wir an, die Anforderungen an die Pflichten der Zweigniederlassung insb. in Bezug auf die Verwahrung zu konkretisieren. So taucht in der (Prüfungs-)Praxis immer wieder die Frage auf, ob eine solche inländische Zweigniederlassung analog Nr. 3 (1) Satz 2 Depotbekanntmachung somit selbst das Depotgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KWG betreiben kann, sofern ein Depotvertrag mit der Zweigniederlassung abgeschlossen wurde. Dies sollte u.E. klargestellt werden.

Zu 2.1.1 Vorkehrungen zum Schutz und gegen die unbefugte Verwendung von Kundenfinanzinstrumenten

In dem Abschnitt 2.1.1 MaDepot-E werden nur Regelungen für verwahrte Finanzinstrumente getroffen. Der Regulierungsbereich für nicht verwahrte Finanzinstrumente, dem die BaFin nach unserer Wahrnehmung in den letzten Jahren eine erhöhte Aufmerksamkeit hat zukommen lassen, ist indes nicht in der MaDepot-E enthalten. Wir regen daher an, auch diesen Regulierungsbereich in die MaDepot aufzunehmen.

Seite 9/16 zum Schreiben vom 08.06.0218 an die BaFin, Referat WA 36

Zu 2.1.1.3 „Sammelbestand“ und 2.2.3.3 Trennung von bei Dritten verwahrten Eigen- und Fremdbeständen

Wir regen an, den Begriff „Sammelbestand“ in der MaDepot zu definieren. Nach der aktuellen Gesetzeslage besteht u.E. in Bezug auf Wertpapiere i.S.d. DepotG eine materiell rechtliche Verwerfung zwischen den Anforderungen des § 5 DepotG („Sammelverwahrung“) und § 10 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV.

Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 DepotG kommt eine ungetrennte Verwahrung von Eigen- und Fremdbeständen durch einen Dritten, der keine Wertpapiersammelbank/Zentralverwahrer mit Zulassung nach Art. 16 i.S.d. Verordnung (EU) 909/2014 (CSDR) ist, nur für den Ausnahmefall der sogenannten „Haussammelverwahrung“ und nur mit einer ausdrücklichen und schriftlichen Ermächtigung des Hinterlegers in Betracht.

§ 10 Abs. 4 Satz 2 WpDPVerOV war in der Konsultationsfassung des BMF zur sog. „AblöseWpDVerOV“ vom 9. Mai 2017 nicht enthalten, so dass diese Verwerfung im weiteren Gang des Ordnungsverfahrens nach unserer Einschätzung übersehen wurde.

Wir regen daher an, diese Verwerfung in Bezug auf inländische Kreditinstitute, die keine Zulassung als Zentralverwahrer haben, möglichst zeitnah zu beheben und zwar im Sinne der Regelung des § 5 DepotG.

Die kontenmäßige Trennung von Kunden- und Eigenbeständen eines Instituts nicht nur in der eigenen Buchhaltung, sondern auch im Falle der heute nahezu ausschließlich anzutreffenden Drittverwahrung, ist nicht nur von Bedeutung für den Kundenschutz, sondern auch für die Anforderungen an die eigene Rechnungslegung des Instituts.

So ist der Depotauszug des Drittverwahrers für den Nachweis des „Vorhandenseins“ der (fremd-)verwahrten Eigenbestände des Instituts, die in dem Jahresabschluss des Instituts als eigenen Vermögenswerte ausgewiesen werden, unerlässlich. Dieser Nachweis kann anhand der eigenen Buchhaltung des Instituts nicht erbracht werden. Lässt das Institut seine eigenen Bestände beim Drittverwahrer nicht von den für Kunden verwahrten Wertpapieren trennen, erhält er nur pro Gattung eine Aufstellung des Gesamtbestandes. Ein Nachweis, ob und welche der Bestände rechtlich oder zumindest wirtschaftlich dem Institut gehören oder zuzurechnen sind und damit als eigene Vermögenswerte in der Bilanz des Instituts ausgewiesen werden, kann durch den Depotauszug des Drittverwahrers damit nicht erbracht werden.

Die Trennung von Eigen- und Kundenbeständen hat ferner maßgebliche Bedeutung für das Kreditgeschäft und die Bewertung von Kreditengagements unter

Seite 10/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

Einsatz von Sicherheiten in Form von Wertpapieren (stehen die benannten Sicherheiten tatsächlich dem Institut im Falle einer erforderlichen Verwertung zur Verfügung?) oder sind sie möglicherweise mehrfach verstrickt („Weiterverwendung“ von Sicherheiten). Diese exemplarischen Beispiele, die sich durchziehen durch alle Finanztransaktionen, zu deren Zweck Wertpapiere als Sicherheit, zu Finanzierungszwecken, Einhaltung/Reduzierung von Eigenkapitalanforderungen oder zur Überbrückung von Lieferengpässen in Form von Wertpapierdarlehen eingesetzt werden, zeigen die Bedeutung der Trennung von Eigen- und Kundenbeständen im Falle jeder Drittverwahrung über die gesamte Verwahrkette. Wird sie vernachlässigt, kann dies u.E. zu erheblichen systemischen Risiken für den Gesamtmarkt führen.

Für eine Auflösung des Konflikts zugunsten der bestehenden Regelung des § 5 DepotG spricht die nach der CSDR vorgesehene Kontentrennung auf oberster Kontoführungsebene des Zentralverwahrers (vgl. Art. 37 CSDR). Danach dürfen „Sammeldepots“ für die Teilnehmer des CSD nur als Omnibus-Kunden-Konten geführt werden. Eine Ausnahme von der spiegelbildlichen Anforderungen des § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 WpDVerOV für WpDU dafür Sorge zu tragen, dass alle bei einem Dritten verwahrten Finanzinstrumente der Kunden (Fremdbestand) durch unterschiedliche Bezeichnung der in der Buchführung des Dritten geführten Konten oder vergleichbare Schutzmaßnahmen von den Finanzinstrumenten des WpDU (Eigenbestand) und den Finanzinstrumenten des Dritten unterschieden werden können, bleibt damit hinter dem Schutzniveau der Verwahrung bei einem Zentralverwahrer zurück.

Auf internationaler und europäischer Ebene wird aufgrund der national unterschiedlichen Rechtsordnungen und eingesetzten Systeme seit langem nach einem möglichst „sicheren“ Modell gerungen, wobei Einigkeit besteht, dass eine Individualkontentrennung wahrscheinlich sicherer ist, als ein Omnibuskontenmodell; allerdings ist eine Harmonisierung für Wertpapiere weder auf internationaler noch auf europäischer Ebene⁴ bisher gelungen.

Zu 2.1.1.4 Beispiele zur Reduzierung des Risikos einer unberechtigten Nutzung

Der erste Spiegelstrich der Ziff. 2.1.1.4 MaDepot-E führt u.a. als Beispiel eine Vereinbarung des WpDU mit dem Kunden an, die Position des Kunden aufzulösen; „d.h. die Belieferung [zu] stornieren“.

⁴ Vgl. Paech, Briefing Note to the European Parliament, IPA/ECON/NT/2011-09, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/464416/IPOL-ECON_NT\(2011\)464416_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/464416/IPOL-ECON_NT(2011)464416_EN.pdf).

Seite 11/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

Wir regen an, den Klammerzusatz „d.h. die Belieferung stornieren“ ersatzlos zu streichen, da ein solches Beispiel u.E. irreführend ist und rechtlich jedenfalls für den deutschen Rechtsraum kaum haltbar sein dürfte. Die einseitige Stornierung einer Lieferverpflichtung aus einer Handelstransaktion ist im Rechtsverkehr nicht vorgesehen. Die Lieferverpflichtung des Kunden aus einem Effektengeschäft, für deren Erfüllung das WpDU im Falle verdeckter Stellvertretung bis zur Offenlegung des Kunden gegenüber dem Kontrahenten haftet, kann nicht einseitig storniert werden, nur weil der Kunde das, was er verkauft hat, gar nicht oder nicht fristgerecht liefern kann.

Die Auflösung einer Lieferposition ist nur im Zusammenwirken des WpDU mit dem Kunden und des Kontrahenten möglich und in erster Linie nicht von der Zustimmung des Kunden, sondern von der der Gegenseite abhängig, da im Falle des Ausfalls des Kunden gegenüber dem Kontrahenten das WpDU haftet.

Im Übrigen weisen wir darauf hin, dass die in der Aufzählung in der Ziff. 2.1.1.4 MaDepot-E genannten Beispiele sich derzeit lediglich auf „Wertpapiere“ beziehen. Die gesamte Ziff. 2.1.1.4 bezieht sich jedoch u.E. auf „Finanzinstrumente“. Anderenfalls würden wichtige Regelungen für die Verwahrung/Verwaltung der übrigen Finanzinstrumente fehlen.

Zu 2.1.2.2 Sammelbestände

Wir weisen darauf hin, dass für die in der Ziff. 2.1.2.2 MaDepot-E dargestellte Ausnahmeregelung u.E. bislang keine zuverlässigen, technischen Lösungen bestehen. Daher bedarf es u.E. gerade der Führung unterschiedlicher Konten, welche im Datenprozess bebucht werden können. Wir regen an, dies bei der Formulierung der Ziffer zu berücksichtigen.

Zu 2.1.2.4 Wertpapierdarlehen

Nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 MiFID II Delegierte Richtlinie (EU 2017/583) gelten die Anforderungen über Vereinbarungen und Sicherheiten in Zusammenhang mit Wertpapierfinanzierungsgeschäften auch für solche Wertpapierdarlehensgeschäfte, die eine Wertpapierfirma als Entleiher (Darlehensnehmer) mit dem Kunden abschließt.

Im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung und aufsichtsrechtlicher Konvergenz sollte daher § 84 Abs. 9 Satz 2 WpHG u.E. entsprechend ausgelegt werden, da sich keine Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung dafür finden, dass der Gesetzgeber von Art. 5 Abs. 4 MiFID II Delegierte Richtlinie (EU 2017/583) abweichen wollte.

Seite 12/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

Dementsprechend sollte in Ziff. 2.1.2.4 der MaDepot klargestellt werden, dass der Entleiher nicht nur dann angemessene Sicherheiten zu stellen hat, wenn es sich beim Entleiher um einen Dritten handelt, sondern auch dann, wenn die Wertpapierfirma selbst als Entleiher auftritt.

Während für das Geschäft mit professionellen Kunden die Gestellung von Sicherheiten der gängigen Praxis entspricht, ist die Sicherheitengestellung im Wertpapierdarlehensgeschäft mit Privatkunden, insb. mit Retail-Kunden bisher eher selten. Gerade in diesen Fällen dürfte die Wertpapierfirma aber in erster Linie nicht den Retail-Kunden an einen dritten Darlehensnehmer (Entleiher) vermitteln, sondern selbst als Geschäftspartner und Entleiher die Vereinbarung mit dem Privatkunden treffen. Dies sollte u.E. entsprechend klargestellt werden.

Zu 2.1.1.6 Verwahrarten

Die in der Ziff. 2.1.1.6 MaDepot-E angesprochenen Verwahrarten sind u.E. nur aus dem DepotG ableitbar, welches jedoch nicht Gegenstand der Prüfung sein soll. Ferner stellt dies eine Ausgrenzung nichtverwahrfähiger Finanzinstrumente dar, die u.E. nicht beabsichtigt sein dürfte. Hierzu verweisen wir im Übrigen auch auf unsere Ausführungen zu 1.1., 1.3 sowie 2.1.1.

Zu 2.1.3 Organisatorische Vorkehrungen gegen Verlust

Der Katalog der nötigen organisatorischen Vorkehrungen nennt außer den „Zugriffsberechtigungen“ keine organisatorischen Vorkehrungen mit Bezug auf den Einsatz von Informationstechnologie (IT), der für das Massengeschäft, insb. für die Abwicklung von Handelstransaktionen, nicht wegzudenken ist.

Im ersten Spiegelstrich der Aufzählung in der Ziff. 2.1.3 MaDepot-E beziehen sich die erforderliche(n) Dokumentation und Arbeitsanweisungen und die Nachverfolgbarkeit lediglich auf (wesentliche) „manuelle“ Prozesse und Tätigkeiten. Da der Einsatz von IT in diesem Bereich die Regel sein dürfte, regen wir an, den Zusatz „manuelle“ zu streichen.

Der Katalog sollte ferner – zur Vermeidung von Verdoppelungen – zumindest auf die allgemeinen organisatorischen Anforderungen des § 80 WpHG sowie des § 25a KWG verweisen und damit insb. auch die Vorkehrungen zur IT Sicherheit (BAIT) erfassen. Auch und gerade in Bezug auf den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten dürfen u.E. die unter dem Schlagwort „Cyberrisiken“ identifizierten Gefahren des unberechtigten Zugriffs Dritter auf Kundenfinanzinstrumente nicht vernachlässigt werden.

Darüber hinaus erscheint es uns auch sinnvoll, in diesem Abschnitt auf die Aufnahme der Funktion des Asset-Beauftragten einzugehen.

Seite 13/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

Zu 2.1.5 Beauftragter für den Schutz von Kundengeldern und Kundenfinanzinstrumenten

Stellung und Aufgaben des Beauftragten

Die Anforderungen an die Stellung und Funktion des Beauftragten für den Schutz von Kundengeldern und Kundenfinanzinstrumenten nach Ziff. 2.1.5 MaDepot-E (im Folgenden „Single Officer“) lassen u.E. nicht eindeutig erkennen, ob der Single Officer grundsätzlich auf der Stufe der sog. first-line-of-defense oder der sog. second-line-of-defense eingerichtet werden muss.

§ 80 Abs. 5 WpHG formuliert, dass der Beauftragte „... die Verantwortung dafür trägt, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen seine Verpflichtungen ... einhält“. Ziff. 2.1.5.1 Satz 1 MaDepot-E übernimmt diese Formulierung.

Diese Formulierung könnte u.E. auch so verstanden werden, dass eine originäre Prozessverantwortung (first-line-of-defense) und keine reine Überwachungsfunktion gemeint ist. Eine reine Überwachungsfunktion würde nach unserem Verständnis keine separate Benennung eines Beauftragten notwendig machen, da gemäß § 80 Abs. 1 WpHG und Art. 22 Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 i.V.m. BT 1 der MaComp die entsprechenden Überwachungsaufgaben von der Compliance-Funktion bzw. dem Compliance-Beauftragten wahrzunehmen sind. Insofern ist es für uns nicht ersichtlich, weshalb eine zweite Kontrollinstanz neben der Compliance-Funktion einzurichten wäre.

Auf der anderen Seite sprechen die in Ziff. 2.1.5.2 genannten Aufgaben des Single Officer dafür, dass es sich bei seinen Aufgaben eher um eine second-line-of-defense handeln soll.

Wir regen daher eine entsprechende Klarstellung zur Stellung des Single Officers in den MaDepot an, ob es sich bei Stellung und Aufgaben des Single Officers im Regelfall um Aufgaben der first-line oder der second-line-of-defense handeln soll.

Überwachung durch die Compliance Funktion

Ziff. 2.1.5.5 MaDepot-E fordert für den Fall, dass die Funktion des Single Officer nicht durch den Compliance-Beauftragten wahrgenommen wird, eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten und schließt eine Weisungsabhängigkeit des Single Officer von der Compliance Funktion aus.

Nicht ausdrücklich adressiert wird das Verhältnis zwischen Single Officer und Compliance Funktion in Bezug auf eine mögliche Überwachung der Tätigkeiten des Single Officer durch die Compliance Funktion.

Seite 14/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

Nach Art. 22 Abs. 2 a) MiFID II Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 hat das WpDU eine Compliance Funktion einzurichten und diese mit der ständigen Überwachung und regelmäßigen Bewertung der Angemessenheit und Wirksamkeit aller Maßnahmen, Strategien und Verfahren des WpDU zur Einhaltung der aus der Richtlinie (EU) 2014/65 resultierenden Anforderungen zu betrauen. Dies würde u.E. allerdings zu einer aufwändigen Verdoppelung der Aufgaben der second-line-of-defense für alle Maßnahmen zum Schutz der Kundenvermögenswerte führen. Wir regen daher an, diesen für die Praxis bedeutsamen Sachverhalt in Ziff. 2.1.5.5 aufzugreifen und klarzustellen, ob die Tätigkeiten des Single Officer in die Überwachung durch die Compliance-Funktion einzubeziehen sind oder nicht.

Zu 2.2.1.4 Verwahrung durch Dritte

Mit den Vorgaben der Ziff. 2.2.1.4 MaDepot-E wird nach unserem Verständnis die Verwahrung durch Dritte einer wesentlichen Auslagerung und der damit verbundenen Kontrollintensität gleichgesetzt. Dies widerspricht u.E. der bisherigen Rechtspraxis. Die Verwahrung für Dritte stellt eine selbständige, regulierte Geschäftstätigkeit dar und ist bislang nicht dem Status der Auslagerung gleichgesetzt. So unterliegen inländische Drittverwahrer ausnahmslos der WpHG- und Depotprüfung durch deutsche Wirtschaftsprüfer; ausländische EU-Verwahrer unterliegen entsprechend den Vorgaben der ESMA und den Kontrollen der nationalen Aufsichtsbehörden. Lediglich Nicht-EU-Drittverwahrer stehen bislang in diesem Kontext in keinem besonderen Kontrollfokus. Wir regen an, diese Fallunterscheidung ggf. entsprechend aufzugreifen und bei den Anforderungen differenziert zu berücksichtigen.

Zu 2.2.1.6 Begriff „Zentralverwahrer“

Wir weisen darauf hin, dass der in Ziff. 2.2.1.6 MaDepot-E verwendete Begriff „Zentralverwahrer“ im Kontext des WpHG nicht definiert wurde. Wir regen daher an, diesen Begriff für die Zwecke des Rundschreibens zu konkretisieren.

Zu 2.2.2 Vorgaben zur Drittverwahrung

Bezüglich der Vorgaben zur Drittverwahrung regen wir eine Klarstellung an, ob alle inländischen Verwahrer einer im Inland mehrstufigen Verwahrkette mit Auslandsbezug die Anforderungen des Abschnitts 2.2.2 MaDepot-E in gleicher Weise und Intensität zu erfüllen bzw. nachzuweisen haben.

Zu 2.2.2.2 Hinterlegung bei Dritten in anderen Rechtsräumen

In der Ziff. 2.2.2.2 MaDepot-E müsste u.E. auf § 10 Abs. 2 Satz 2 WpDVerOV (statt auf § 10 Abs. 2 Satz 3) verwiesen werden.

Seite 15/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

Zu 2.2.3.3 Widerspruch zu BaFin Rundschreiben 08/2015 (WA)

Die Ausführungen in der Ziff. 2.2.3.3 MaDepot-E stehen u.E. im Widerspruch zu den Ausführungen des Kapitels 5.2 des BaFin Rundschreiben 08/2015 (WA) aus Oktober 2015, welches bei der Verwahrung für Fonds eine zwingende Trennung der Bestände des Unterverwahrers, der Verwahrstelle und der Kundenbestände fordert. Wir erlauben uns, auf die Volumenbedeutung dieses Sachverhalts im Verwahrgeschäft der EU hinzuweisen.

Die Ausführungen würden bedeuten, dass WpDU, die das Depotgeschäft betreiben, keine Trennung der Eigen- von Kundenbeständen bewirken müssen. Dies widerspräche u.E. den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwahrung, wie diese aus unterschiedlichsten Rechtsnormen gefordert wird. Zwecks eines eindeutigen Verständnisses regen wir daher an, die Ziffer dahingehend zu konkretisieren, welcher Sonderfall gemeint ist.

Zu 2.3.1.5 Besonders kontrollwürdige Sachverhalte

In der Ziff. 2.3.1.5 MaDepot-E werden die besonders kontrollwürdigen Sachverhalte aus der Depotbekanntmachung auch für die Umsetzung der Pflichten aus § 84 WpHG aufgeführt. Während die Lagerstellenabstimmung in den vorherigen Abschnitten umfassend geregelt wurde, ist die u. E. wichtigste Vorgabe der Funktionstrennung darin nicht übernommen worden. Wir regen daher deren Ergänzung an dieser Stelle an.

Zu 3.1.1 Maßnahmen zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten gemäß Art. 47 Abs. 1 g) del. VO

In der Art. 47 Abs. 1g) del. VO 2017/565 wird explizit von „Kundenfinanzinstrumenten“ gesprochen. Die weitergehenden Erläuterungen in Abschnitt 3.1.1 MaDepot-E gehen jedoch nur auf die „... Maßnahmen... zum Schutz der Kundenwertpapiere“ ein. Wir regen eine einheitliche Verwendung der Begrifflichkeit an.

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

In der Überschrift des Abschnitts 3.1.4 MaDepot-E wird auf § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WpHG Bezug genommen. Dies bezieht sich u.E. auf das WpHG a.F. und sollte durch § 63 Abs. 1 WpHG ersetzt werden.

Zu 3.1.2.3: Trennung von Eigen- und Kundenbestand

Der letzte Absatz der Ziff. 3.1.2.3 MaDepot-E beschreibt u.E. keine Teilmenge, sondern die einzige rechtlich zulässige Variante nicht möglicher Trennung von Eigen- und Kundenbestand. Dies wird aus der derzeitigen Formulierung u.E. nicht klar und sollte deutlicher gefasst werden.

Seite 16/16 zum Schreiben vom 08.06.2018 an die BaFin, Referat WA 36

Zu 3.2.1.1 Unberechtigter Zugriff auf Kundenfinanzinstrumente

Wir regen an, in der Ziff. 3.2.1.1 MaDepot-E auch auf die Sonderverwahrung einzugehen. Diesbezüglich weisen darauf hin, dass die Entwendung eines treuhänderisch verwahrten Finanzinstruments, das im Eigentum des Kunden steht, mehr als nur eine Ordnungswidrigkeit darstellt. Die Regelungen sollten daher an dieser Stelle entsprechend präzisiert und erweitert werden.

Auf die besondere Problematik der Regelungen zur gemeinsamen Eigen- und Kundenbestandsverwahrung haben wir bereits zuvor mehrfach hingewiesen.

Zu 4. Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten

Abschnitt 4.1 MaDepot-E verweist für die Nebendienstleistung Depotgeschäft auf die allgemeinen Vorgaben. Nach § 9 WpDVerOV folgt daraus für den Regelfall eine Aufbewahrungsfrist mit einer Dauer von 5 Jahren.

Nach Ziff. 2.3.1.4 MaDepot-E (Vorgaben zur Depotbuchführung der WpDU) sind die Ergebnisse manueller oder maschineller Kontrollen zu dokumentieren und wie Handelsbücher aufzubewahren. Für Handelsbücher gilt nach § 257 Abs. 4 HGB eine Aufbewahrungsfrist von 10 Jahren.

Die 10-jährige Aufbewahrungsfrist gilt ferner für das Verwahrungsbuch (§ 14 Abs. 1 DepotG) sowie für andere Handelsbücher, die in Zusammenhang mit der Positionsführung für derivative Geschäfte stehen.

Zur Klarstellung regen wir daher folgende Ergänzung des Abschnitts 4.1. Abs. 1 der MaDepot an:

„Für Handelsbücher und Buchungsbelege sowie die nach Ziff. 2.3.1.4 geforderte Dokumentation der Ergebnisse manueller oder maschineller Kontrollen gilt eine Aufbewahrungsfrist von 10 Jahren. Der Beginn der Aufbewahrungsfrist bestimmt sich nach § 257 Abs. 4 HGB.“

Gerne stehen wir Ihnen für weitere Erläuterungen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Feld