

BVI¹-Stellungnahme zur BaFin-Konsultation 07/2018

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

GZ: WA 36-Wp 2020-2017/0005

Die Interessen der BVI-Mitglieder sind durch die MaDepot betroffen, soweit Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WpDU) Fondsanteilscheine verwahren. Wir begrenzen daher unsere Anmerkungen allein auf diese Fallgestaltung und führen diese ohne weitere Priorisierung nachfolgend in der Reihenfolge der Gliederung des Entwurfs der MaDepot aus:

▪ **Ziffer 1.4: Keine Anwendbarkeit der „Depotbekanntmachung“**

Gemäß Ziffer 1.4 soll die „Bekanntmachung über die Anforderungen an die Ordnungsgemäßheit des Depotgeschäfts und der Erfüllung von Wertpapierlieferungsverpflichtungen“ (Depotbekanntmachung) aus dem Jahr 1998 bei der Prüfung des Depotgeschäfts von WpDU nach Maßgabe des § 89 Abs.1 Satz 1 und Satz 2 WpHG nicht anzuwenden sein. Infolge dieser Aussage ist für die betroffenen WpDU der Umgang mit der „Depotbekanntmachung“ unklar und wirft folgende Fragen auf:

- Hat die Depotbekanntmachung generell keine Gültigkeit mehr für WpDU?
- Ist die Depotbekanntmachung weiterhin Prüfungsgegenstand, jedoch nur nicht mehr im Rahmen der Prüfung nach § 89 Abs.1 Satz 1 und Satz 2 WpHG?
- Gilt die Depotbekanntmachung weiterhin für WpDU, ist jedoch nur nicht für die Prüfung des Depotgeschäfts von WpDU nach Maßgabe des § 89 Abs.1 Satz 1 und Satz 2 WpHG relevant?

Wir regen daher an, die Gültigkeit der Depotbekanntmachung klarzustellen. Soweit überschneidende Regelungen bestehen, bitten wir, die aufsichtlichen Anforderungen in einer Verlautbarung zu bündeln. Dies schafft Rechtsicherheit und Transparenz im Umgang mit den Anforderungen für WpDU.

▪ **Ziffer 2.1.1.2: Vorkehrungen im Bereich der sog. „Lieferdisposition“**

Bei der Fondsanteilscheinverwaltung, die über Plattformen betrieben werden und die gegenüber ihren Kunden „*Contractual Settlement*“ betreiben, sehen wir die Anforderungen unter Ziffer 2.1.1.2 des Entwurfs der MaDepot kritisch. Insbesondere ist unklar, wie in der Praxis mit Fällen umgegangen werden muss, wenn beispielsweise ein Kunde an T0 Anteile kauft und an T1 diese Papiere wieder verkauft. Regelmäßig werden die Papiere beim „*Contractual Settlement*“ auf der Lagerstelle des Depotführers noch nicht reflektiert sein, da hier das Settlement i.d.R. nach „Actual“, also den individuellen Settle-

¹ Der BVI vertritt die Interessen der deutschen Fondsbranche auf nationaler und internationaler Ebene. Er setzt sich gegenüber Politik und Regulatoren für eine sinnvolle Regulierung des Fondsgeschäfts und für faire Wettbewerbsbedingungen ein. Als Treuhänder handeln Fondsgesellschaften ausschließlich im Interesse des Anlegers und unterliegen strengen gesetzlichen Vorgaben. Fonds bringen das Kapitalangebot von Anlegern mit der Kapitalnachfrage von Staaten und Unternehmen zusammen und erfüllen so eine wichtige volkswirtschaftliche Funktion. Die 104 Mitgliedsunternehmen des BVI verwalten knapp 3 Billionen Euro Anlagekapital für Privatanleger, Versicherungen, Altersvorsorgeeinrichtungen, Banken, Kirchen und Stiftungen.

mentfristen des Fonds erfolgt. Es muss daher dringend klargestellt werden, dass in diesem Fall kein unberechtigter Zugriff auf die Fondsanteile anderer in dem Fonds investierten Anleger erfolgt.

- **Ziffer 2.1.1.5: Vorkehrungen zum Schutz und gegen die unbefugte Verwendung von Kundenfinanzinstrumenten, §§ 84 Abs. 4 und 6 WpHG sowie § 10 Abs. 7 WpDVerOV**

Um die unberechtigte Nutzung von Beständen unbeteiligter Kunden zu verhindern, ist von dem WpDU unter Berücksichtigung des Proportionalitätsgrundsatzes als Maßnahme beispielsweise bei manuellen Freigaben ein Vier-Augen-Prinzip einzurichten. Für die Praxis ist unklar, was genau unter „Vier-Augen-Prinzip bei manuellen Freigaben“ zu verstehen ist. Wir gehen davon aus, dass systembedingte bzw. bereits programmierte (automatisierte) Prozesse, welche von einer manuellen Freigabe (Kontrolle durch eine Person) erfasst werden, nicht nochmal im Vier-Augen-Prinzip von einer weiteren Person kontrolliert werden müssen (ergo: „Vier-Augen-Prinzip bei manuellen Freigaben“). Eine Klarstellung wäre hier wünschenswert.

Als weitere Maßnahme nennt der Entwurf der MaDepot die Einbindung bzw. Nutzung von Mechanismen der Lagerstellen, die diese zur Verfügung stellen, um dem WpDU eine wirksame Prüfung zu ermöglichen (z. B. die Nutzung von „hold-and-release-Verfahren“). Wir bitten, das „hold-and-release-Verfahren“ näher auszuführen, um Unklarheiten für die Anwender zu vermeiden.

- **Ziffer 2.1.4: Informationen an die Bundesanstalt, dem jeweils bestellten Insolvenzverwalter und der zuständigen Abwicklungsbehörde gemäß § 10 Abs. 10 WpDVerOV**

Die Informationen gem. § 10 Abs.10 WpDVerOV sollen vom WpDU in einer Art und Weise vorgehalten werden, dass sie „auf Anfrage zügig und ohne nennenswerten weiteren Bearbeitungsaufwand zur Verfügung gestellt werden können“. Wir verstehen diesen Ansatz so, dass die Aufsicht kein bestimmtes Format für die vorzuhaltenden Informationen fordert, sondern lediglich die Prozesse so eingerichtet sein müssen, die Informationen bei Anfragen weiterzugeben. Es bleibt daher dem WpDU überlassen, in welcher Form (z.B. welches technische Format, Word, Excel etc.) die Beantwortung erfolgt, sofern die notwendigen Information darin enthalten sind.

- **Abschnitt 2.1.5: Beauftragter für den Schutz von Kundengeldern und Kundenfinanzinstrumenten gemäß § 81 Abs. 5 WpHG**

Gemäß § 81 Abs. 5 WpHG hat das WpDU einen Beauftragten zu ernennen, der die Verantwortung dafür trägt, dass das WpDU seine Verpflichtungen in Bezug auf den Schutz von Finanzinstrumenten und Geldern von Kunden einhält. Zudem stellt die Vorschrift klar, dass der Beauftragte daneben auch weitere Aufgaben wahrnehmen kann. Die Ausführungen im Entwurf der MaDepot werfen in diesem Zusammenhang jedoch Fragen zur Rolle dieses Beauftragten in Abgrenzung zu anderen Kontrollfunktionen (z. B. der Compliance-Funktion) auf. Insbesondere ist unklar, ob der Beauftragte infolge der Aufgabenbeschreibung in dem Entwurf der MaDepot der sogenannten ersten Verteidigungslinie (also dem Fachbereich) oder der sogenannten zweiten Verteidigungslinie (also dem Bereich zur Überwachung, z. B. Compliance) zuzuordnen ist. Wir bitten daher um eine entsprechende Klarstellung, dass der Beauftragte auch im Fachbereich allokiert werden kann.

- **Ziffer 2.1.5.4: Unabhängigkeit des Beauftragten**

Wir bitten, Ziffer 2.1.5.4 zu streichen.

Nach Ziffer 2.1.5.4 Entwurf der MaDepot darf die Aufgabe des Beauftragten nur bei Unverhältnismäßigkeit unter sehr engen Voraussetzungen von einer Person wahrgenommen werden, die an der Erbringung der von ihr überwachten bzw. bewerteten Dienstleistungen oder Tätigkeiten beteiligt ist. Die Ausführungen orientieren sich dabei an den gesetzlichen Vorschriften, die ausdrücklich für die Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten aufgestellt sind (vgl. etwa Art. 22(2) DVO (EU) 2017/565). Für eine derartige Einschränkung der aufbauorganisatorischen Ausgestaltung auch für den Beauftragten im Sinne des § 81 Abs. 5 WpHG gibt es jedoch keinen Ansatzpunkt in der Gesetzgebung. § 81 Abs. 5 WpHG fordert in Umsetzung von Art. 7 DRL (EU) 2017/593 lediglich, dass der Beauftragte die Verantwortung dafür trägt, dass das WpDU seine Verpflichtungen in Bezug auf den Schutz von Finanzinstrumenten und Geldern von Kunden einhält. Dieser Verantwortung kann der Beauftragte auch bei der Leitung und Steuerung des Depotgeschäfts als operative Tätigkeit nachkommen. Denn diese Tätigkeit schließt selbstverständlich auch die Einhaltung der zum Kundenschutz bestehenden gesetzlichen Regelungen und die laufende Kontrolle (sog. erste Verteidigungslinie) mit ein.

Die Schaffung einer mit erheblichem Personalaufwand verbundenen Funktionstrennung zwischen Überwachungshandlung und Ausführung der Tätigkeit war auch von der ESMA im Konsultationsverfahren zu den Level-2-Maßnahmen der MiFID II nicht gefordert. Die ESMA hat den Punkt aufgegriffen, dass die Verantwortung für Vermögensschutz bei einer Person gebündelt werden sollte, die eine umfassende Zuständigkeit („*overall responsibility*“) und Gesamtübersicht („*operational oversight*“) haben sollte. Deshalb sollte regulatorisch ein „*single officer*“ vorgeschrieben werden („*with responsibility for matters relating to the safeguarding of client instruments*“). Bereits die englische Bezeichnung „*single officer*“ zeigt, dass es hier nicht um eine zusätzliche Überwachungsfunktion geht, sondern um die Bündelung der Verantwortung in einer Person, um generell und insbesondere im Krisenfall einen fachlich wie disziplinarisch kompetenten Ansprechpartner mit Gesamtübersicht und den notwendigen Befugnissen zu haben. Zwar hatte die ESMA in ihrem Konsultationspapier 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-DRL abgestellt, was grundsätzlich auf eine funktionale Trennung schließen lassen könnte. Jedoch hat die ESMA diese ursprünglich formulierte Anforderung in ihrem Abschlussbericht nicht wiederholt und damit nicht weiter verfolgt. Explizit sieht die ESMA eine solche funktionale Trennung zwischen Überwachungs- und Ausführungshandlung nur für die Mitarbeiter der Compliance-Funktion vor. Dies wiederum entspricht den rechtlichen Rahmenbedingungen von Art. 22(2) DVO (EU) 2017/565. Zudem ist ESMA der Auffassung, dass die Funktion des Beauftragten mit minimalem Aufwand der Wertpapierfirmen umgesetzt werden sollte. Die neue Regelung verpflichtete die Firmen nicht, eine „*distinctive function with sole responsibility for oversight of the safeguarding of client assets*“ zu schaffen.

Dass hier keine zusätzliche, durch Unvereinbarkeitsregeln verstärkte Überwachungsfunktion geschaffen werden sollte, ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 5 DRL (EU) 2017/593. Hier wird darauf verwiesen, dass der Beauftragte die Gesamtverantwortung für den Schutz der Finanzinstrumente trägt und befähigt und befugt sein soll, die Pflichten erfüllen zu können. Dem Richtliniengeber ist es wichtig, dass es eine „Gesamtverantwortung“ für den Schutz der Kunden-Finanzinstrumente gibt, dass deshalb ein Zuständiger benannt wird, um zu verhindern, dass die Verantwortung zersplittert ist und niemand da ist, der umfassende Befugnisse und einen Gesamtüberblick über das Depotgeschäft des betreffenden

WpDU hat. Dies spricht gerade gegen die vorgeschlagene Regelung zur Funktionstrennung in Ziffer 2.1.5.4 des Entwurfs der MaDepot. Folgerichtig wird es in Art. 7 DRL (EU) 2017/593 der Wertpapierfirma überlassen, den Beauftragten organisatorisch zuzuordnen. Die mit Ziff. 2.1.5.4 verlangte Unabhängigkeit wird dabei gerade nicht verlangt.

- **Ziffer 2.1.5.5: Wahrnehmung der Aufgaben des Beauftragten durch den Compliance-Beauftragten**

Wir bitten, Ziffer 2.1.5.5 des Entwurfs der MaDepot derart anzupassen, dass die Aufgaben des Beauftragten gemäß § 81 Abs. 5 WpHG auch von der Compliance-Funktion im Sinne von Art. 22(2) DVO (EU) 2017/565 (und nicht vom „Compliance-Beauftragten“ im Sinne von Art. 22(3)(b) DVO (EU) 2017/565) wahrgenommen werden können.

Aus den gesetzlichen Materialien und auch aus den Empfehlungen der ESMA lässt sich die beabsichtigte Zuweisung des Beauftragten an die Person des Compliance-Beauftragten i.S.d. Art. 22(3)(b) DVO (EU) 2017/565 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 Abschlussbericht 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 innerhalb der Compliance-Funktion zugewiesen werden kann, der dann dem Prinzip der Funktionstrennung (Überwachungshandlung/Ausführungshandlung) folgen muss. Folgerichtig ist daher eine Verweisung in Ziff. 2.1.5.5 auf die Compliance-Funktion i.S.d. Art. 22(2) der DVO (EU) 2017/565.

- **Ziffer 2.2: Vorgaben zur Drittverwahrung**

Wir gehen davon aus, dass die unter Ziffer 2.2.1 ausgeführten Sorgfaltspflichten nur die Drittverwahrung im Inland sowie nur die erste Stufe des Drittverwahrers, jedoch nicht die darüber hinaus folgenden Drittverwahrer der Verwahrkette betreffen.

Zudem gehen wir davon aus, dass diese Sorgfaltspflichten mit Inkrafttreten der MaDepot nur für neu zu begründende Drittverwahrungen maßgeblich sind. Eine Rückwirkung der Sorgfaltspflichten auf bereits bestehende Drittverwahrungen würde einen hohen Aufwand auslösen. Sollte unser Verständnis hier nicht zutreffend sein, bitten wir um Klarstellung.

Unabhängig davon sind die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten bei der Auswahl des Drittverwahrers sehr weitgehend. Neben einer sorgfältigen Analyse (auch der Zuverlässigkeit) werden weitere Überwachungshandlungen des Drittverwahrers vom WpDU abverlangt. Die Anforderungen ähneln sehr den Anforderungen einer Auslagerung gemäß § 25b KWG bzw. AT 9 MaRisk-BA. Nicht als Auslagerung i.S.d. MaRisk-BA zu qualifizieren ist der sonstige Fremdbezug von Leistungen. Die Verwahrung von Vermögensgegenständen von Kunden nach dem Depotgesetz gilt als sonstiger Fremdbezug von Leistungen, nicht als Auslagerung. Eine Übertragung der für die Auslagerung geschaffenen Regelungen ist angesichts der mit dieser Tätigkeit verbundenen Risiken somit nicht angemessen.

- **Ziffer 2.2.1.6: Ausnahme bei der Auswahl/Beauftragung/Überwachung**

Wir bitten, die Ausnahme bzw. die Erleichterungen für die Auswahl, Beauftragung und Überwachung nicht nur auf Zentralverwahrer zu beschränken, sondern auch auf beaufsichtigte WpDUs auszuweiten. Denn diese unterliegen bereits ihrerseits aufsichtsrechtlichen Maßgaben, so dass hier diesbezüglich keine doppelten Prüfungen unter Risikogesichtspunkten notwendig sind.

- **Abschnitt 2.2.2: Hinterlegung bei Dritten in anderen Rechtsräumen, § 10 Abs. 2 und 3 WpD-VerOV**

Wir regen an klarzustellen, dass die im Abschnitt 2.2.2 genannten Voraussetzungen nur den Sachverhalt einer Drittverwahrung in einem Drittland regeln. Dies entspricht den Vorgaben des § 10 Abs. 2 und 3 WpDVerOV.

- **Ziffer 2.2.3.1: Trennung von bei Dritten verwahrten Eigen- und Fremdbeständen, § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 WpDVerOV**

Wir gehen davon aus, dass der Begriff „Konten“ auch Wertpapierdepots umfasst. Denn die Ziffer bezieht sich generell auf Finanzinstrumente. Gegebenenfalls sollte dies entsprechend ergänzt werden.

Wir bitten klarzustellen, dass „ein Bereitstellen“ der Information auch auf der Internetseite des WpDU möglich ist.

- **Ziffer 3.1.2.1: Spezifische Informationen zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten gemäß Art. 49 DVO (EU) 2017/565**

Wir bitten, den Begriff des „zur Verfügung stellen“ zu streichen und den Wortlaut der DVO zu nutzen, der von „bereitstellen“ bzw. „übermitteln“ spricht.

- **Ziffer 3.1.4.3: „Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte“**

Wir bitten, die Ziffer 3.1.4.3 zu streichen oder eine Sonderregelung für depotführende Stellen, die ausschließlich Fondsanteile verwahren, festzulegen.

Hier wird unterstellt, dass die „Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte“ überall als Standard verwendet werden. Dies trifft auf depotführende Stellen, die ausschließlich Investmentanteilscheine verwahren, jedoch aufgrund des sehr eingeschränkten Geschäftsmodells als MiFID-Nebendienstleistung nicht zu. Es ist daher überzogen, alle WpDU zu verpflichten, diesen Standard zu verwenden bzw. andernfalls die Kunden deutlich darüber zu informieren, wenn es die in den Sonderbedingungen vereinbarten Verwaltungspflichten vertraglich nicht übernehmen möchte. Hieraus würde sich auch kein Mehrwert für den Endkunden ergeben. Fondsanteilscheinverwahrung ist kein riskantes Geschäftsmodell. Die Fondsanteile können nicht „verloren“ gehen, sie werden nicht beliehen und sie werden nicht ohne Verkaufsauftrag veräußert. Demnach sind keine Handlungen oder Unterlassungen zum Nachteil des Kunden möglich oder denkbar. Insolvenz von Emittent oder depotführender Stelle sind ebenfalls nicht relevant.

- **Ziffer 3.2.1.2: Anderweitige unberechtigte Verwendung der Kundenfinanzinstrumente**

Wir regen an, den letzten Satz wie folgt zu ändern oder eine besondere Klarstellung für Fondsanteilscheine aufzunehmen:

„Das gilt auch für Bruchstücke von Finanzinstrumenten, die ~~beispielsweise~~ aus der Restrukturierung von Verbindlichkeiten des Emittenten entstehen können.“

Die Formulierung „beispielsweise“ lässt den Rückschluss zu, dass auch andere Fallgestaltungen im Zusammenhang mit Bruchstücken von Finanzinstrumenten betroffen sein können. Insbesondere werden Fondsanteilscheine auch als Bruchstücke verwahrt. Dabei existieren regelmäßig sogenannte Fondsspitzen, die nicht in der Lagerstelle reflektiert sind, sondern lediglich einen internen Verrechnungsbestand darstellen (z. B. 0,655 Anteile Fonds A). Mit Blick auf Satz 3 der Ziffer 3.2.1.2 des Entwurfs der MaDepot 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, stets 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 Ausbuchung der ihm nicht zustehenden Spitzen nicht von seiner Zustimmung abhängig gemacht werden kann. Die Ausbuchung erfolgt vielmehr als Folge der Kapitalmaßnahme und stellt insofern die Verwirklichung eines Investmentrisikos hinsichtlich des betreffenden Finanzinstruments dar.