

Rundschreiben 07/2019 (WA) – Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (MaDepot)

Gliederung:

1. Vorbemerkungen

- 1.1 Gegenstand und Inhalt der MaDepot
- 1.2 Eingrenzung des Anwendungsbereichs
- 1.3 Depotprüfung nach § 89 Abs. 1 Satz 2 WpHG
- 1.4 Keine Anwendbarkeit der „Depotbekanntmachung“
- 1.5 Reichweite der Anwendbarkeit auf Zweigniederlassungen gemäß § 53 b KWG
- 1.6 Anwendbarkeit auf Verwahrstellen nach Kapitel 1 Abschnitt 3 des KAGB

2. Organisationspflichten

- 2.1 Allgemeine Vorkehrungen zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten
 - 2.1.1 Vorkehrungen zum Schutz und gegen die unbefugte Verwendung von Kundenfinanzinstrumenten, §§ 84 Abs. 4 und 6 WpHG sowie § 10 Abs. 7 WpDVerOV
 - 2.1.2. Vorkehrungen im Zuge der einvernehmlichen Verwendung von Kundenfinanzinstrumenten für Rechnung des WpDU oder Dritter; § 84 Abs. 6 und 9 WpHG
 - 2.1.3 Organisatorische Vorkehrungen gegen den Verlust von Kundenfinanzinstrumenten durch Pflichtverletzungen, § 10 Abs. 4 S. 1 Nr. 5 WpDVerOV
 - 2.1.4 Informationen für die Bundesanstalt, dem jeweils bestellten Insolvenzverwalter und der zuständigen Abwicklungsbehörde gemäß § 10 Abs. 10 WpDVerOV
 - 2.1.5 Beauftragter für den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten gemäß § 81 Abs. 5 WpHG
- 2.2 Vorgaben zur Drittverwahrung
 - 2.2.1 Sorgfaltspflichten bei der Auswahl, Beauftragung und regelmäßigen Überwachung von Dritten, § 10 Abs. 1 WpDVerOV
 - 2.2.2 Hinterlegung bei Dritten in anderen Rechtsräumen, § 10 Abs. 2 und 3 WpDVerOV

- 2.2.3 Trennung von bei Dritten verwahrten Eigen- und Fremdbeständen, § 10 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 WpDVerOV
- 2.2.4 Regelmäßiger Abgleich mit den bei Dritten verwahrten Finanzinstrumenten, § 10 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 WpDVerOV
- 2.2.5 Sicherungs-, Pfand- oder Aufrechnungsrechte zugunsten Dritter, § 10 Abs. 6 WpDVerOV
- 2.3 Vorgaben zur Depotbuchführung der WpDU
- 2.4 Finanzsicherheiten in Form der Vollrechtsübertragung

3. Verhaltenspflichten

- 3.1 Informations- und Verwaltungspflichten
 - 3.1.1 Allgemeine Informationen über Maßnahmen zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten gemäß Art. 47 Abs. 1 g) del. VO
 - 3.1.2 spezifische Informationen zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten gemäß Art. 49 del. VO
 - 3.1.3 Aufstellungen über Kundenfinanzinstrumente, Art. 63 del. VO
 - 3.1.4 Verwaltung von verwahrten Kundenfinanzinstrumenten, § 63 Abs. 1 WpHG und Art. 44 del. VO
- 3.2 Unterlassung unberechtigter Verfügungen

4. Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten

- 4.1 Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten zum Schutz des Kundenvermögens
- 4.2. Aufzeichnungspflichten bezüglich §§ 128 und 135 des Aktiengesetzes

1. Vorbemerkungen

1.1 Gegenstand und Inhalt der MaDepot

Die vorliegenden Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten (MaDepot) sollen dem Anwender eine Übersicht und Zusammenstellung der wesentlichen aufsichtsrechtlichen Vorgaben für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WpDU) bieten. Sie sollen darüber hinaus die Verwaltungspraxis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bundesanstalt) zu ausgewählten Fragen wiedergeben, soweit sie verallgemeinerungsfähig ist.

Die MaDepot sind nicht anwendbar auf Kreditinstitute, die das Depotgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KWG betreiben, aber keine WpDU sind.

Ob das WpDU das Einlagengeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG betreibt, ist für die Anwendbarkeit der MaDepot nicht maßgeblich.

Für WpDU ergeben sich die wesentlichen aufsichtsrechtlichen Vorgaben an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts aus dem 11. Abschnitt des WpHG, insbesondere aus § 84 WpHG in Verbindung mit § 10 WpDVerOV sowie aus der delegierten Verordnung (EU) 2017/565 (del. VO). Das schließt solche WpDU ein, die als Kreditinstitut eine Erlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KWG zum Erbringen des Depotgeschäfts haben.

Verschiedene aufsichtsrechtliche Vorgaben zum Depotgeschäft stehen darüber hinaus auch in Zusammenhang mit dem Depotgesetz (DepotG). Das DepotG enthält im Wesentlichen spezielle zivilrechtliche Bestimmungen, z.B. zum Verwahrvertrag und zum Kommissionsgeschäft. Das vorliegende Rundschreiben enthält ausdrücklich keine Auslegung dieser zivilrechtlichen Regelungen. Allerdings haben verschiedene Regelungen des DepotG auch Bedeutung für die Frage, inwieweit das WpDU die allgemeinen aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten einhält. Das betrifft insbesondere die allgemeine Verhaltensregel des § 63 Abs. 1 WpHG, nach der das WpDU das Depotgeschäft ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden erbringen muss. Beispielsweise wäre ein Verstoß des WpDU gegen § 6 Abs. 2 DepotG, der bestimmte Zugriffe auf in Sammelbeständen verwahrte Kundenfinanzinstrumente untersagt, im Regelfall gleichzeitig als Verstoß u.a. gegen die allgemeine aufsichtsrechtliche Verhaltenspflicht des § 63 Abs. 1 WpHG zu verstehen.

Berücksichtigt wurden auch die „Recommendations Regarding the Protection of Client Assets“, die von der IOSCO am 29.01.2014 veröffentlicht wurden.

Das Rundschreiben erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es werden jeweils nur ausgewählte Aspekte der betreffenden Regelungen behandelt. Die Bundesanstalt wird einen fortlaufenden Dialog mit der Praxis führen, um weiterem Auslegungsbedarf oder der Notwendigkeit von Änderungen Rechnung zu tragen.

Thematisch gliedert sich das Rundschreiben in

- Organisationspflichten, die das Institut zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten einhalten muss,
- Verhaltenspflichten für die Verwahrung und Verwaltung von Kundenfinanzinstrumenten, sowie
- Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten.

1.2 Eingrenzung des Anwendungsbereichs

Das Rundschreiben betrifft die Anforderungen an den Schutz von Finanzinstrumenten der Kunden, soweit diese im Eigentum der Kunden stehen und vom WpDU für die Kunden gehalten und verwahrt werden. Dies schließt auch die

Verwahrung durch Gutschrift in Wertpapierrechnung („WR-Gutschrift“) und vergleichbare Gestaltungen ein. Die Anforderungen an das Halten von Geldern der Kunden sind von dem Rundschreiben nicht erfasst.

1.3 Depotprüfung nach § 89 Abs. 1 Satz 2 WpHG

Die vorliegenden MaDepot dienen zugleich der Auslegung des Prüfungsgegenstands der sog. „Depotprüfung“. Nach Maßgabe des § 89 Abs. 1 Satz 2 WpHG in Verbindung mit § 12 WpDPV hat der Prüfer bei solchen

- WpDU, die als Kreditinstitute das Depotgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 1 Nr. 5 KWG betreiben und
- Finanzdienstleistungsinstituten, die das eingeschränkte Verwahrgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nummer 12 KWG erbringen

auch diese Geschäfte besonders zu prüfen.

Im Wesentlichen sind die bezüglich des Depotgeschäfts zu prüfenden Pflichten im WpHG, in der WpDVerOV und in der del. VO verankert (siehe oben). Diese Pflichten werden daher bereits im Rahmen der Prüfung gemäß § 89 Abs. 1 Satz 1 WpHG geprüft. § 12 WpDPV bestimmt daher den Gegenstand der besonderen Prüfung des Depotgeschäfts dahingehend, dass Gegenstand der Depotprüfung die Ordnungsmäßigkeit der Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere, des Verwahrungsbuches, der Verfügungen über Kundenwertpapiere und Ermächtigungen ist, soweit sich dies nicht bereits aus den Angaben im Rahmen der WpHG-Prüfung ergibt. Die Prüfung nach § 89 Abs. 1 Satz 2 WpHG bildet demnach einen Auffangtatbestand für solche das Depotgeschäft betreffenden aufsichtsrechtlichen Aspekte, die nicht im 11. Abschnitt des WpHG n.F. verankert und nicht bereits in der Prüfung nach § 89 Abs. 1 Satz 1 WpHG enthalten sind. Solche Aspekte sind aktuell jedoch nicht gegeben.

1.4 Keine Anwendbarkeit der „Depotbekanntmachung“

Nicht anzuwenden ist bei der Prüfung des Depotgeschäfts von WpDU nach Maßgabe des § 89 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WpHG die „Bekanntmachung über die Anforderungen an die Ordnungsgemäßheit des Depotgeschäfts und der Erfüllung von Wertpapierlieferungsverpflichtungen“ (Depotbekanntmachung) vom 21.12.1998. Bezüglich WpDU ist die Depotbekanntmachung nicht mehr Teil der Verwaltungspraxis der BaFin.

1.5 Reichweite der Anwendbarkeit auf Zweigniederlassungen gemäß § 53 b KWG

Für die Prüfung des Depotgeschäfts gemäß § 90 Abs. 1 i.V.m. § 89 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WpHG bei Zweigniederlassungen nach § 53 b KWG sind als Prüfungsmaßstab nur die Verhaltens-, Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten (siehe unten) heranzuziehen. Die Organisationspflichten gemäß Ziffer 2. dieses Rundschreibens sind auf Zweigniederlassungen gemäß § 53 b KWG nicht anwendbar und nicht zu prüfen. Vielmehr richten sich die organisatorischen Vorkehrungen zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten nach den Regelungen

des Herkunftsmitgliedstaates, der auch für die Prüfung und Überwachung dieser Regelungen zuständig ist. Dies entspricht den Vorgaben von Art. 35 Abs. 8 MiFID II, wonach die Prüfung der Einhaltung der Organisationspflichten in die Zuständigkeit der Behörde des Herkunftsmitgliedstaates fällt. Die Depotbekanntmachung vom 21.12.1998 ist insoweit ebenfalls nicht anzuwenden.

1.6 Anwendbarkeit auf Verwahrstellen nach Kapitel 1 Abschnitt 3 des KAGB

Soweit ein WpDU gleichzeitig als Verwahrstelle nach Kapitel 1 Abschnitt 3 des KAGB tätig ist, sind auch die Vorgaben des 3. Abschnitts des KAGB, des Kapitel IV der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 231/2013, der Delegierten Verordnung (EU) 2016/438 sowie des Rundschreibens 08/2015 (WA) („Verwahrstellenrundschriften“) anwendbar. Aufgrund ihrer Spezialisierung sind diese Vorgaben vorrangig, soweit es die Tätigkeit des WpDU als Verwahrstelle betrifft und soweit eine Konkurrenz zu den Vorgaben besteht, die Gegenstand dieses Rundschreibens sind.

2. Organisationspflichten

2.1 Allgemeine Vorkehrungen zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten

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

2.1.1.1 Das WpDU hat gemäß § 84 Abs. 4 WpHG geeignete Vorkehrungen zu treffen, um die Eigentumsrechte der Kunden an den für sie verwahrten Finanzinstrumenten zu schützen. Das gilt insbesondere auch für den Fall der Insolvenz des WpDU.

Dazu gehören auch solche Vorkehrungen, die eine unbefugte Nutzung der Kundenfinanzinstrumente zugunsten des WpDU oder Dritter verhindern. Die Voraussetzungen und Schranken der Verwendung von Kundenbeständen für Rechnung des WpDU oder Dritter sind in § 84 Abs. 6 WpHG näher beschrieben.

2.1.1.2 In diesem Zusammenhang sind von besonderer Bedeutung die Vorkehrungen des WpDU im Bereich der sog. „Lieferdisposition“, d.h. bei der Abwicklung (= Settlement) von Geschäften in Finanzinstrumenten:

Die Prozesse und Vorkehrungen des WpDU müssen im Bereich der Lieferdisposition so gestaltet sein, dass bei der Abwicklung von Geschäften in Finanzinstrumenten nicht – auch nicht zeitweilig – unberechtigt auf die Finanzinstrumente unbeteiligter Kunden zugegriffen wird. Solche unberechtigten Zugriffe auf Kundenfinanzinstrumente können bei entsprechenden mangelnden Vorkehrungen beispielsweise dadurch geschehen, dass das WpDU ein „ausgehendes“ Kundengeschäft (d.h. ein Verkauf, eine Verleihe oder eine Übertragung) aus einem Sammelbestand beliefert, den das WpDU bei einem Drittverwahrer oder einem Zentralverwahrer hält und in dem im Zeitpunkt der Abwicklung für den betreffenden Kunden kein ausreichender Bestand zur Belieferung seines Geschäfts vorhanden ist. Das hat zur Folge, dass zur Bedienung des Geschäfts die Bestände unbeteiligter Kunden verwendet werden müssten, die in dem betroffenen Sammelbestand verwahrt werden.

2.1.1.3 Das WpDU muss die Prozesse und Vorkehrungen im Bereich der Lieferdisposition so gestalten, dass insoweit kein systembedingtes Risiko in Kauf genommen wird. Dafür gelten die folgenden Grundsätze:

- Ein Kundengeschäft darf nur dann beliefert werden, wenn der betreffende Kunde im Zeitpunkt der Abwicklung über den dafür erforderlichen Bestand verfügt (Einzelkundenbetrachtung). Es darf nicht lediglich darauf abgestellt werden, ob sich in dem von dem WpDU für seine Kunden insgesamt unterhaltenen Sammelbestand ein ausreichender Bestand in der betreffenden Gattung befindet.
- Dabei ist auf die tatsächlichen Gegebenheiten abzustellen (actual-Betrachtung) und nicht auf die Situation, die sich bei einer korrekten Erfüllung sämtlicher Geschäfte des Kunden (contractual-Betrachtung) ergäbe. Beispielsweise darf eine endgültige Freigabe nicht auf der Grundlage einer Berechnung erteilt werden, die einen im Zeitpunkt der Freigabe tatsächlich noch nicht erfüllten Ankauf des Kunden einbezieht.
- Für eine Belieferung dürfen nur solche Bestände des Kunden verwendet werden, die in dem Sammelbestand verwahrt werden, aus dem das Geschäft des Kunden beliefert wird. Verwahrt das Institut beispielsweise für den Kunden Finanzinstrumente der betreffenden Gattung in einem anderen Sammelbestand (ggf. auch bei einer anderen Lagerstelle), so darf es diese Bestände nicht berücksichtigen, bevor eine Umbuchung bzw. Umlegung in den Sammelbestand erfolgt ist, aus dem die Belieferung erfolgt. Ansonsten würde das Institut in Kauf nehmen, dass – wenn auch nur zeitweilig – das Geschäft des Kunden mit Beständen anderer Kunden bedient würde.
- Das Unterhalten von Depots bei einem Drittverwahrer oder einem Zentralverwahrer, in denen die Bestände mehrerer oder sämtlicher Kunden gemeinsam verwahrt werden, bleibt für WpDU weiterhin zulässig.
- Sofern in dem Sammelbestand im Einklang mit den Vorgaben des § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 und § 10 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV ungetrennt auch Eigenbestände des WpDU verwahrt werden, darf das WpDU zur Ausführung von Kundengeschäften auch in diesem Umfang auf den Sammelbestand zugreifen. Es darf also seine Bestände nutzen, um Kundengeschäfte zu beliefern.

2.1.1.4 In § 10 Abs. 7 WpDVerOV ist eine Reihe von Beispielen genannt, die der Reduzierung des Risikos der unberechtigten Nutzung von Finanzinstrumenten unbeteiligter Kunden dienen. Dazu gehört es,

- Vereinbarungen mit den Kunden zu schließen, die den Umgang des WpDU mit Situationen regeln, in denen der (beim WpDU vorhandene) Bestand des Kunden am Erfüllungstag nicht ausreicht, um ein Geschäft des Kunden zu beliefern; dazu kann etwa mit dem Kunden vereinbart werden, dass das WpDU die Position auflösen (d.h. die Belieferung unterlassen) oder die erforderlichen Bestände für den Kunden durch eine Wertpapierleihe kurzfristig beschaffen darf (vgl. § 10 Abs. 7 Nr. 1 WpDVerOV),

- durch entsprechende Überwachung sicherzustellen, dass es (für den jeweiligen Kunden) Wertpapiere am Erfüllungstag voraussichtlich liefern kann und gegebenenfalls dafür zu sorgen, dass Abhilfemaßnahmen für den Fall ergriffen werden, dass für den Kunden am Erfüllungstag keine ausreichenden Bestände zur Belieferung seines Geschäfts vorhanden sind (vgl. § 10 Abs. 7 Nr. 2 WpDVerOV) und
- die Ansprüche der Kunden auf Lieferung von Wertpapieren daraufhin zu überwachen, ob sie am Valutatag tatsächlich erfüllt werden; bei Lieferverzug sind diese unverzüglich bei der Gegenseite anzufordern (vgl. § 10 Abs. 7 Nr. 3 WpDVerOV).

Diese als Beispiel genannten Maßnahmen sollen das Risiko reduzieren, das entsteht, wenn der Kontrahent die Ansprüche des Kunden auf Lieferung von Finanzinstrumenten nicht zum vereinbarten Zeitpunkt erfüllt. Wenn der Kunde des WpDU ein unmittelbar anknüpfendes Geschäft abgeschlossen hat, für dessen Belieferung die Bestände hätten verwendet werden sollen, besteht ansonsten das Risiko, dass dieses Geschäft mit Beständen anderer Kunden bedient wird.

2.1.1.5 Um die unberechtigte Nutzung von Beständen unbeteiligter Kunden zu verhindern, sind von den WpDU je nach Umfang, Komplexität und Risiko des Depotgeschäfts beispielsweise auch die folgenden Maßnahmen in Betracht zu ziehen:

- Einrichtung automatisierter interner Sperr- und Freigabemechanismen
- Reduzierung und Vereinfachung manueller Prozesse sowie Einrichtung eines Vier-Augen-Prinzips bei manuellen Freigaben
- 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, wenn die Lagerstellen diese zur Verfügung stellen“)
- Referenzierung von Kunden- und Kontrahententransaktionen aufeinander
- Zügiger Austausch von Daten mit den Lagerstellen und schnelle Verarbeitung entsprechender Daten (z.B. Settlementbestätigungen) in den internen Sperr- und Freigabemechanismen des WpDU, sofern möglich „real-time“
- genaue Überwachung, Überprüfung und ggf. Einschränkung/Beseitigung von Zugriffsmöglichkeiten Dritter (z.B. Clearinghäuser/CCPs) auf Depots des WpDU, in denen Kundenbestände verwahrt werden, soweit aus der Zugriffsmöglichkeit das Risiko der unberechtigten Nutzung von Kundenbeständen resultiert
- Einrichtung von wirksamen Verfahren, um auch im Rahmen des CCP-Clearings von Finanzinstrumentetransaktionen sicherzustellen, dass nicht mittelbar auf Bestände unbeteiligter Kunden zurückgegriffen wird, z.B. weil solche Belieferungen von Kundengeschäften in Aufrechnungsblöcke

einbezogen werden, für die in dem angesprochenen Sammelbestand tatsächlich keine entsprechende Bestände vorhanden sind

- Abtrennung von Beständen bestimmter Kunden- oder Kundengruppen sowie von Eigenbeständen des WpDU, soweit dies im Einzelfall erforderlich ist, um ein bestehendes Risiko des unerlaubten Zugriffs auf Kundenbestände zu reduzieren

2.1.1.6 Die oben genannten Grundsätze gelten unabhängig davon, in welcher Verwahrart (Girosammelverwahrung oder Wertpapierrechnung) das WpDU die Bestände des Kunden verwahrt.

2.1.1.7 Die unter 2.1.1.1 – 2.1.1.6 beschriebenen Grundsätze und Vorgaben gelten sinngemäß auch für die Abwicklung von Eigengeschäften des WpDU, sofern es seine Eigenbestände ungetrennt von den Kundenbeständen, d.h. in einem gemeinsamen Sammelbestand beim Dritt- oder Zentralverwahrer hält (vgl. zur Zulässigkeit der ungetrennten Verwahrung von Eigen- und Kundenbeständen § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 und § 10 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV und Ziff. 2.2.3 dieses Rundschreibens).

2.1.2. Vorkehrungen im Zuge der einvernehmlichen Verwendung von Kundenfinanzinstrumenten für Rechnung des WpDU oder Dritter; § 84 Abs. 6 und 9 WpHG:

2.1.2.1 § 84 Abs. 6 WpHG formuliert die aufsichtsrechtlichen organisatorischen Anforderungen an die einvernehmliche Verwendung von Kundenfinanzinstrumenten für Rechnung des WpDU oder Dritter. Dies darf nur unter genau festgelegten Bedingungen geschehen, denen der Kunde im Voraus ausdrücklich zugestimmt hat. Die Zustimmung muss durch die Unterschrift oder durch eine gleichwertige schriftliche Bestätigung eindeutig dokumentiert sein.

2.1.2.2 Erhöhte Anforderungen gelten gemäß § 84 Abs. 6 Satz 3 WpHG dann, wenn die betreffenden Kundenbestände gemeinsam mit den Beständen anderer Kunden in Sammelbeständen verwahrt werden. Es ist in diesem Fall die ausdrückliche Zustimmung aller anderen Kunden erforderlich, deren Finanzinstrumente in dem Sammelbestand verwahrt werden. Dies ist allerdings dann entbehrlich, wenn das WpDU über Vorkehrungen verfügt, die gewährleisten, dass allein die Finanzinstrumente desjenigen Kunden verwendet werden, der einer solchen Verwendung für Rechnung des WpDU oder Dritter zugestimmt hat.

2.1.2.3 Das WpDU muss gemäß § 84 Abs. 6 Satz 4 WpHG bei der Verwendung von in Sammelbeständen gehaltenen Kundenfinanzinstrumenten Aufzeichnungen führen über

- Kunden, auf deren Weisung hin eine Verwendung der Finanzinstrumente erfolgt, und
- die Zahl der von jedem einzelnen Kunden mit dessen Zustimmung verwendeten Finanzinstrumente.

Die Aufzeichnungen müssen eine eindeutige Zuordnung von Verlusten ermöglichen, die bei der Verwendung eintreten. In gleicher Weise muss das WpDU Aufzeichnungen führen, die es ermöglichen, die Verluste zuzuordnen, die bei einer Verwendung der Kundenfinanzinstrumente entstehen.

2.1.2.4 Sofern das WpDU Wertpapierleihgeschäfte mit Dritten abschließt, die Kundenfinanzinstrumente zum Gegenstand haben, hat es gemäß § 84 Abs. 9 Satz 1 WpHG durch entsprechende Vereinbarungen sicherzustellen, dass der Entleiher der Kundenfinanzinstrumente angemessene Sicherheiten stellt. Die Vorschrift betrifft nach ihrem Wortlaut allein Geschäfte des WpDU mit einem Dritten.

Nach Maßgabe des § 84 Abs. 9 Satz 2 WpHG hat das WpDU die Angemessenheit durch geeignete Vorkehrungen sicherzustellen sowie fortlaufend zu überwachen und aufrechtzuerhalten.

2.1.3 Organisatorische Vorkehrungen gegen den Verlust von Kundenfinanzinstrumenten durch Pflichtverletzungen, § 10 Abs. 4 S. 1 Nr. 5 WpDVerOV:

Nach § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 WpDVerOV muss das WpDU organisatorische Vorkehrungen treffen, um das Risiko eines Verlustes oder Teilverlustes von Kundenfinanzinstrumenten durch Pflichtverletzungen so gering wie möglich zu halten.

Das Erfordernis betrifft auch mögliche fahrlässige Pflichtverletzungen. Zu den nötigen organisatorischen Vorkehrungen zählen insbesondere

- angemessene Dokumentierungen und Arbeitsanweisungen zu manuellen Prozessen und Tätigkeiten bei der Depotbuchführung und der Abwicklung von Transaktionen,
- in angemessenem Umfang die Dokumentierung bzw. Nachverfolgbarkeit wesentlicher manueller Arbeitsschritte, die Risiken für den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten bergen,
- eine Funktionstrennung (Trennung von Handels-, Abwicklungs- und Kontrollfunktionen),
- eine angemessene Handhabung und Dokumentation von Zugriffsberechtigungen und
- ein angemessenes internes Kontrollsystem.

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

§ 10 Abs. 10 WpDVerOV gibt vor, dass das WpDU der Bundesanstalt, dem jeweils bestellten Insolvenzverwalter des WpDU, und, sofern einschlägig, der zuständigen Abwicklungsbehörde auf Anfrage eine Reihe von Informationen und Aufzeichnungen zur Verfügung stellen muss.

Die Informationen sollen mittelbar dem Schutz der Kunden insbesondere auch in dem Fall einer Krise des betroffenen WpDU dienen. Die in § 10 Abs. 10 WpDVerOV genannten Informationen und Aufzeichnungen sind daher von dem WpDU in einer Art und Weise vorzuhalten, dass sie auf Anfrage zügig und ohne nennenswerten weiteren Bearbeitungsaufwand zur Verfügung gestellt werden können.

2.1.5 Beauftragter für den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten gemäß § 81 Abs. 5 WpHG

2.1.5.1 Gemäß § 81 Abs. 5 WpHG muss das WpDU einen Beauftragten ernennen, der die Verantwortung dafür trägt, dass das WpDU seine Verpflichtungen in Bezug auf den Schutz von Finanzinstrumenten und Geldern von Kunden einhält. Der Beauftragte kann daneben auch weitere Aufgaben wahrnehmen. Es handelt sich bei dem Beauftragten für den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten um eine Funktion der so genannten „zweiten Verteidigungslinie“.

2.1.5.2 Der Beauftragte nach § 81 Abs. 5 WpHG nimmt seine Verantwortung wahr durch

- ständige Überwachung auf der Grundlage einer Risikoanalyse und regelmäßige Bewertung der organisatorischen Vorkehrungen des WpDU zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten,
- Beratung und Unterstützung der für die betroffenen Wertpapierdienstleistungen zuständigen relevanten Personen im Hinblick auf die Einhaltung der betreffenden Pflichten,
- mindestens einmal jährliche Berichterstattung an die Geschäftsleitung des WpDU, sowie
- bei Feststellung erheblicher Risiken ad hoc-Berichterstattung an die Geschäftsleitung.

2.1.5.3 Der Beauftragte hat zu diesem Zweck über die notwendigen Befugnisse, Ressourcen und Fachkenntnisse zu verfügen. Er muss Zugang zu allen einschlägigen Informationen haben.

2.1.5.4 Der Beauftragte und ggf. seinem Bereich zuzuordnende Mitarbeiter dürfen nicht an der Erbringung der von ihnen überwachten bzw. bewerteten Dienstleistungen oder Tätigkeiten beteiligt sein. Ihre Vergütung beeinträchtigt nicht ihre Objektivität, noch lässt sie eine solche Beeinträchtigung wahrscheinlich erscheinen.

Sofern dies aufgrund der Gegebenheiten des WpDU (z.B. der Größe des WpDU und dem Umfang und der Komplexität der betreffenden Dienstleistungen) unverhältnismäßig ist und die unter 2.1.5.2 genannten Aufgaben weiterhin wahrgenommen werden können, muss das WpDU diese beiden Anforderungen nicht erfüllen.

2.1.5.5 Die Funktion des Beauftragten gemäß § 81 Abs. 5 WpHG kann auch vom Compliance-Beauftragten im Sinne des Art. 22 Abs. 3 b.) del. VO

wahrgenommen werden. In diesem Fall können die für die Tätigkeit des Beauftragten nach § 81 Abs. 5 WpHG erforderlichen Ressourcen in der Compliance-Funktion bereitgestellt werden.

Sofern die Funktion des Beauftragten nicht vom Compliance-Beauftragten im Sinne des Art. 22 Abs. 3 b.) del. VO wahrgenommen wird, ist eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen dem Beauftragten gemäß § 81 Abs. 5 WpHG und der Compliance-Funktion bzw. dem Compliance-Beauftragten vorzunehmen. Konkurrierende Zuständigkeiten oder eine Weisungsabhängigkeit des Beauftragten gemäß § 81 Abs. 5 WpHG von der Compliance-Funktion dürfen nicht bestehen. Eine Überwachung des Beauftragten gemäß § 81 Abs. 5 WpHG durch den Compliance-Beauftragten ist nicht erforderlich.

2.2 Vorgaben zur Drittverwahrung

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

2.2.1.1 Gemäß § 10 Abs. 1 WpDVerOV müssen WpDU solche Dritte, bei denen sie Kundenfinanzinstrumente verwahren lassen, mit der erforderlichen Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit auswählen, beauftragen und überwachen. Dabei sind insbesondere die fachliche Eignung und die Zuverlässigkeit des Dritten, die relevanten Vorschriften sowie die Marktpraktiken des Dritten im Zusammenhang mit der Verwahrung zu prüfen.

2.2.1.2 Die Auswahl, Beauftragung und Überwachung des Dritten müssen auf der Grundlage einer sorgfältigen Analyse durch das WpDU erfolgen.

2.2.1.3 Das WpDU muss dabei im Rahmen der Sorgfaltspflicht in angemessenem Umfang auch die fachliche Eignung und die Zuverlässigkeit sowie die relevanten Vorschriften sowie die Marktpraktiken solcher Dritter einbeziehen, denen der ursprüngliche Drittverwahrer Funktionen in Bezug auf das Halten und die Verwahrung von Finanzinstrumenten übertragen hat. Dabei bedeutet „angemessen“, dass das WpDU vorhandene Kenntnisse über solche Dritte berücksichtigen, aber im Regelfall keine auf diese Dritten zielende Nachforschungs- oder Prüfungshandlungen vornehmen muss.

2.2.1.4 Art und Ausmaß der Überwachung des Dritten durch das WpDU sind risikoorientiert festzulegen und soweit wie erforderlich in die vertragliche Vereinbarung aufzunehmen. Je nach Gegebenheiten und Risiko sind bei der Überwachung unterschiedliche Maßnahmen zu berücksichtigen. Dazu gehört die Vereinbarung eines regelmäßigen Berichtswesens, dessen Inhalt und Häufigkeit risikoorientiert festzulegen ist und beispielsweise die folgenden Umstände umfassen kann:

- Struktur und Gegebenheiten der von dem Dritten für das WpDU durchgeführten Verwahrung und Abwicklung von Wertpapiertransaktionen (z.B. zur Trennung von Eigen- und Fremdbeständen im Zuge der bei dem Drittverwahrer beginnenden Verwahrkette, zum Umfang der Nutzung von sog. „Omnibusdepots“, zur Lieferdisposition und zu dem von dem Dritten genutzten Lagerstellennetzwerk)

- Einhaltung bestimmter Leistungs- und Fehlerindikatoren
- Ergebnisse externer und interner Prüfungen bei dem Dritten, die unmittelbar oder mittelbar die Erbringung der Dienstleistung des Dritten gegenüber dem WpDU zum Gegenstand haben

Auch hat das WpDU risikoorientiert darüber zu entscheiden, inwieweit es auf der Grundlage einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung mit dem Dritten eigene Prüfungen bei dem Dritten vornimmt oder vornehmen lässt.

2.2.1.5 Zu berücksichtigen sind vom Institut bei der Auswahl, bei der Gestaltung des Vertrags und der Überwachung des Dritten auch die für ihn relevanten rechtlichen Vorschriften, die mit dem Halten der Finanzinstrumente in Zusammenhang stehen und die Rechte von Kunden beeinträchtigen könnten.

Zu berücksichtigen ist es daher auch, wenn in einem Drittland die Verwahrung von Finanzinstrumenten für Rechnung einer anderen Person zwar geregelt ist und der Dritte dort insoweit einer besonderen Aufsicht unterliegt (vgl. dazu auch unten 2.2.2), aber das Schutzniveau des Rechtsrahmens und der Aufsicht im Drittland signifikant niedriger als in der EU ist.

2.2.1.6 Die Anforderungen an die Auswahl, Beauftragung und Überwachung sind nicht einschlägig, soweit es sich bei dem Dritten um einen Zentralverwahrer handelt, der für die erstmalige Erfassung von Wertpapieren, der Führung der Konten und der Abwicklung der Geschäfte in den betreffenden Wertpapieren zuständig ist. Das gilt nur für Dienstleistungen, die der Dritte gerade in dieser Eigenschaft erbringt.

2.2.1.7 Handelt es sich um ein Kreditinstitut mit der Erlaubnis für das Depotgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KWG oder für die Tätigkeit als Zentralverwahrer gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 KWG, gelten die unter 2.2.1.1 bis 2.2.1.5 genannten Anforderungen an die sorgfältige und gewissenhafte Auswahl und regelmäßige Überwachung des Drittverwahrers – und an den Einbezug von solchen Dritten, denen der ursprüngliche Drittverwahrer Funktionen in Bezug auf das Halten und die Verwahrung von Finanzinstrumenten übertragen hat – im Regelfall als erfüllt.

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

2.2.2.1 Gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 und 2 WpDVerOV darf ein WpDU die Kundenfinanzinstrumente nur bei einem Dritten in einem Rechtsraum hinterlegen, in dem die Verwahrung von Finanzinstrumenten für Rechnung einer anderen Person besonderen Vorschriften und einer besonderen Aufsicht unterliegt. Der Dritte muss dieser Aufsicht unterfallen.

2.2.2.2 Unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Satz 2 kann das WpDU die Kundenfinanzinstrumente darüber hinaus auch bei einem Dritten hinterlegen, in dem die Verwahrung von Finanzinstrumenten für Rechnung einer anderen Person nicht geregelt ist. In diesem Zusammenhang muss das WpDU die Hinweispflichten des Art. 49 Abs. 2 und 5 del. VO berücksichtigen.

- 2.2.2.3 Diese Anforderungen des § 10 Abs. 2 WpDVerOV gelten zusätzlich zu den allgemeinen Anforderungen gemäß § 10 Abs. 1 WpDVerOV.
- 2.2.2.4 Gemäß § 10 Abs. 3 WpDVerOV gelten die oben beschriebenen Anforderungen des § 10 Abs. 2 WpDVerOV auch dann, wenn der Dritte seine Aufgaben in Bezug auf das Halten und Verwahren von Finanzinstrumenten auf einen anderen Dritten übertragen hat.
- 2.2.2.5 Die Anforderungen des § 10 Abs. 2 und 3 WpDVerOV an die Hinterlegung bei Dritten in anderen Rechtsräumen sind nicht einschlägig, soweit es sich bei dem Dritten um einen Zentralverwahrer handelt, der für die erstmalige Erfassung von Wertpapieren, der Führung der Konten und der Abwicklung der Geschäfte in den betreffenden Wertpapieren zuständig ist. Das gilt nur für Dienstleistungen, die der Dritte gerade in dieser Eigenschaft erbringt.

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

- 2.2.3.1 Nach § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 WpDVerOV müssen die WpDU Maßnahmen treffen, die gewährleisten, dass alle bei einem Dritten verwahrten Kundenfinanzinstrumente von den Finanzinstrumenten des WpDU und des Dritten unterschieden werden können. Dies hat durch unterschiedliche Bezeichnung der in der Buchführung des Dritten geführten Konten zu geschehen oder durch Maßnahmen, die ein vergleichbares Schutzniveau gewährleisten.

WpDU sind demnach grundsätzlich verpflichtet, die Finanzinstrumente der Kunden und die des WpDU in getrennten Depots beim Drittverwahrer oder beim Zentralverwahrer verwahren zu lassen, um für Außenstehende (z.B. Insolvenzverwalter des WpDU) eine Unterscheidbarkeit von Eigen- und Fremdbeständen des WpDU herzustellen.

- 2.2.3.2 Zur Herstellung der Unterscheidbarkeit kommen auch andere Maßnahmen in Betracht, die ein vergleichbares Schutzniveau gewährleisten. Nicht ausreichend als „andere Maßnahme“ ist es für das WpDU dabei, lediglich auf die Korrektheit der eigenen internen Depotbuchführung und darauf zu verweisen, dass in der eigenen Depotbuchhaltung getrennte Depots für die Kunden geführt werden. Zu einer korrekten internen Depotbuchführung einschließlich der Führung getrennter Depots für die Kunden ist das WpDU bereits auf der Grundlage des § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WpDVerOV verpflichtet. Die auf Ebene des Drittverwahrers durch unterschiedliche Bezeichnung der Konten nach außen erkennbare Unterscheidbarkeit von Eigen- und Kundenbeständen des WpDU soll vielmehr eine zusätzliche Sicherheit schaffen.
- 2.2.3.3 Die Vorgaben des § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 WpDVerOV sind nicht einschlägig, soweit das WpDU girosammelverwahrte, durch Gutschrift in Wertpapierrechnung („WR-Gutschrift“) oder in vergleichbarer Weise verwahrte und gehaltene Kundenfinanzinstrumente einem Kreditinstitut anvertraut, das über eine Erlaubnis zum Betreiben des Depotgeschäfts nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KWG verfügt. Denn dieses gilt gemäß § 10 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV nicht als „Dritter“ im Sinne des § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 WpDVerOV. Das gilt gleichermaßen für inländische Zentralverwahrer mit einer Zulassung nach Art. 16 Abs. 1 der

Verordnung (EU) Nr. 909/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.07.2014 zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und –abrechnungen.

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

2.2.4.1 WpDU müssen gemäß § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WpDVerOV ihre Aufzeichnungen und Bücher regelmäßig mit denen aller Dritten abgleichen, bei denen sie Kundenfinanzinstrumente halten. Die Häufigkeit ist risikoorientiert festzulegen.

2.2.4.2 Um die Korrektheit und Aussagekraft des Abgleichs sicherzustellen, muss das WpDU ein klares Verständnis der Daten und Informationen haben, die ihm vom Dritten zum Zwecke des Abgleichs zugeliefert werden. Beispielsweise muss das WpDU wissen, inwieweit vom Dritten gemeldete Informationen über vorhandene Finanzinstrumente auf einer Betrachtung des Dritten beruhen, die auf das tatsächliche Vorhandensein der Finanzinstrumente abstellt („actual“-Betrachtung), oder lediglich darauf, ob bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Geschäfte in der betreffenden Finanzinstrumente-Gattung durch den jeweiligen Kontrahenten dieser Bestand in den Depots beim Dritten vorhanden wäre („contractual“-Betrachtung).

Der Abgleich muss auf jeden Fall auch die Situation unter Zugrundelegung einer actual-Betrachtung umfassen.

2.2.4.3 Sofern Differenzen zwischen den vom Dritten gemeldeten Beständen und den vom WpDU in der eigenen Depotbuchführung verzeichneten Beständen bestehen, hat das WpDU den Ursachen für diese Differenzen zügig nachzugehen und die erforderlichen Maßnahmen einzuleiten. Es sind angemessene Eskalationsprozesse für nicht geklärte oder nicht bereinigte Differenzen einzurichten.

2.2.5 Sicherungs-, Pfand- oder Aufrechnungsrechte zugunsten Dritter, § 10 Abs. 6 WpDVerOV:

2.2.5.1 Gemäß § 10 Abs. 6 Satz 1 WpDVerOV darf das WpDU bezüglich der Kundenfinanzinstrumente zugunsten Dritter keine Sicherungs-, Pfand- oder Aufrechnungsrechte bestellen oder vereinbaren, die nicht aus der Geschäftsbeziehung mit dem Kunden erwachsen oder auf der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen des Dritten an den Kunden beruhen.

2.2.5.2 Sofern in Drittstaaten vom dort geltenden Recht bezüglich der Kundenfinanzinstrumente derartige Sicherungs-, Pfand- oder Aufrechnungsrechte im Sinne von § 10 Abs. 6 Satz 1 WpDVerOV zugunsten des Dritten vorgeschrieben sind, darf das WpDU diese – jedenfalls nach aufsichtsrechtlichem Maßstab – bestellen oder vereinbaren. Es muss allerdings die Kunden unverzüglich darüber unterrichten und auf die damit verbundenen Risiken hinweisen.

Die Offenlegung muss sich in Umfang, Verständlichkeit und Inhalt am Adressatenkreis orientieren.

2.2.5.3 Das WpDU muss die Rechte im Sinne von § 10 Abs. 6 Satz 1 WpDVerOV in seine Aufzeichnungen und Bücher nach § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WpDVerOV aufnehmen, um die Eigentumsverhältnisse an den Kundenfinanzinstrumenten, insbesondere für den Fall der Insolvenz, klarzustellen. Das gilt zusätzlich auch für solche Rechte, die in dem Drittstaat kraft Gesetzes bestehen.

2.2.5.4 Die betreffenden Sicherungs-, Pfand- und Aufrechnungsrechte muss das WpDU zusätzlich in die Kundenverträge aufnehmen.

2.3 Vorgaben zur Depotbuchführung der WpDU

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:

2.3.1.1 Nach § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WpDVerOV haben die WpDU durch Aufzeichnungen und eine korrekte Buchführung jederzeit eine Zuordnung der von ihnen gehaltenen Finanzinstrumente zu den einzelnen Kunden und deren Abgrenzbarkeit von eigenen Vermögenswerten zu gewährleisten.

2.3.1.2 Diese Vorgaben gelten grundsätzlich unabhängig von der Verwahrart und betreffen damit auch solche Finanzinstrumente, die das WpDU in Wertpapierrechnung für den Kunden hält. Allerdings ist die Verwahrart jeweils zu dokumentieren. Dokumentiert werden müssen ggf. auch Sicherungs-, Pfand- oder Aufrechnungsrechte, siehe oben Ziff. 2.2.5.2.

2.3.1.3 Die Aufzeichnungen müssen so gestaltet sein, dass ein Prüfpfad für die bestehende Situation existiert.

2.3.1.4 Das Buchführungssystem, der Buchungsablauf, die Führung des Verwahrungsbuchs, die Einrichtung manueller und maschineller Kontrollen sind vom WpDU in einer Weise zu dokumentieren, dass sie auch von fachkundigen Dritten (z.B. externen Prüfern) nachvollzogen werden können. Die Ergebnisse manueller oder maschineller Kontrollen sind zu dokumentieren und wie Handelsbücher aufzubewahren.

2.3.1.5 Besonders kontrollbedürftige Sachverhalte sind

- Buchungen auf CpD- und Zwischenkonten
- Soll-Bestände
- von den Stammdaten abweichende Kontonummern für Ertrags- oder Gegenwertbuchungen
- Ausschaltung von Sperrern

2.4 Finanzsicherheiten in Form der Vollrechtsübertragung

- 2.4.1 § 84 Abs. 7 und 8 WpHG sowie § 10 Abs. 8 WpDVerOV enthalten Einschränkungen und bestimmte Vorgaben für Finanzsicherheiten in Form der Vollrechtsübertragung.
- 2.4.2 Insbesondere darf sich gemäß § 84 Abs. 7 WpHG das WpDU von Privatkunden generell keine Finanzsicherheiten in Form der Vollrechtsübertragung gewähren lassen.
- 2.4.3 Zulässig sind Finanzsicherheiten in Form der Vollrechtsübertragung bei professionellen Kunden und geeigneten Gegenparteien. Dabei muss das WpDU gemäß § 84 Abs. 8 WpHG die Angemessenheit prüfen und dokumentieren. Für diese Prüfung sind die Kriterien des § 10 Abs. 8 WpDVerOV zu berücksichtigen.

3. Verhaltenspflichten

3.1. Informations- und Verwaltungspflichten

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

Gemäß Art. 47 Abs. 1 g.) del. VO hat das WpDU den Kunden oder potenziellen Kunden rechtzeitig vor der Erbringung des Depotgeschäfts eine kurze Beschreibung der Maßnahmen bereitzustellen, die das WpDU zum Schutz der Kundenfinanzinstrumente getroffen hat.

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

- 3.1.2.1 Das WpDU muss den Kunden mit Blick auf die Verwahrung von Finanzinstrumenten gemäß Art. 49 del. VO eine Reihe von Informationen übermitteln. Diese Informationen sind den Kunden rechtzeitig und in verständlicher Form zu übermitteln, damit sie ihren Informationszweck erreichen können. Dabei sind die allgemeinen Vorgaben des Art. 46 del. VO zu beachten.

Im Einzelnen müssen die WpDU den Kunden folgende Informationen übermitteln:

- 3.1.2.2 Entsprechend Art. 49 Abs. 2 del. VO informiert das WpDU die Kunden bzw. potentiellen Kunden darüber, wo ihre Finanzinstrumente im Namen der Wertpapierfirma von einem Dritten gehalten werden können. Das WpDU informiert die Kunden zugleich über die Haftung des WpDU nach dem anwendbaren nationalen Recht für etwaige Handlungen und Unterlassungen des Dritten und über die Folgen einer Zahlungsunfähigkeit des Dritten für die Kunden.
- 3.1.2.3 Entsprechend Art. 49 Abs. 3 del. VO informiert das WpDU die Kunden darüber, wenn Finanzinstrumente der Kunden, soweit dies nach nationalen Recht zulässig ist, von einem Dritten auf Sammeldepots geführt werden. Das WpDU warnt die Kunden deutlich vor möglichen damit verbundenen Risiken.

Die Information und der Risikohinweis muss sich gegebenenfalls auch auf die Situation erstrecken, dass das WpDU seine eigenen Bestände ungetrennt von den Kundenbeständen in einem Depot beim Dritten verwahren lässt.

Sofern dieser Umstand darauf beruht, dass es nach nationalem Recht nicht möglich ist, Eigen- von Kundenbeständen zu trennen, haben die Information und der Risikohinweis auf der Grundlage des Art. 49 Abs. 4 del. VO zu erfolgen, siehe dazu unten.

- 3.1.2.4 Im Falle der Verwahrung von Kundenfinanzinstrumenten bei einem Dritten mit Sitz im Ausland informiert das WpDU entsprechend Art. 49 Abs. 4 del. VO die Kunden, wenn es nach nationalem Recht nicht möglich ist, Kundenfinanzinstrumente, die von einem Dritten gehalten werden, von den Eigenhandelsfinanzinstrumenten dieses Dritten oder der Wertpapierfirma getrennt zu halten. Das WpDU warnt die Kunden deutlich vor den damit verbundenen Risiken.
- 3.1.2.5 Entsprechend Art. 49 Abs. 5 del. VO informiert das WpDU die Kunden, wenn Depots des WpDU mit Finanzinstrumenten der Kunden unter die Rechtsvorschriften eines Drittlands fallen und weist die Kunden darauf hin, dass dies die Rechte der Kunden in Bezug auf die betreffenden Finanzinstrumente beeinflussen kann.
- 3.1.2.6 Entsprechend Art. 49 Abs. 6 del. VO informiert das WpDU die Kunden über die Existenz und die Bedingungen eines etwaigen Sicherungs- oder Pfandrechts oder eines Rechts auf Verrechnung, das es in Bezug auf die Finanzinstrumente der Kunden hat oder haben könnte. Gegebenenfalls informiert das WpDU die Kunden auch darüber, dass ein Dritter im Sinne des § 10 Abs. 1 WpDVerOV ein Sicherungsrecht, ein Pfandrecht oder ein Recht auf Verrechnung in Bezug auf die betreffenden Finanzinstrumente haben kann.
- 3.1.2.7 Bevor ein WpDU Wertpapierfinanzierungsgeschäfte im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten eingeht, die es im Namen eines Kunden hält, oder bevor es die betreffenden Finanzinstrumente für eigene Rechnung oder für Rechnung eines anderen Kunden verwendet, übermittelt das WpDU entsprechend Artikel 49 Abs. 7 del. VO dem Kunden rechtzeitig vor der Verwendung der betreffenden Instrumente auf einem dauerhaften Datenträger klare, vollständige und zutreffende Informationen über die Rechte und Pflichten des WpDU in Bezug auf die Verwendung der betreffenden Finanzinstrumente und die Bedingungen über ihre Rückgabe sowie über die damit verbundenen Risiken.

3.1.3 Aufstellungen über Kundenfinanzinstrumente, Art. 63 del. VO:

- 3.1.3.1 Nach Art. 63 del. VO ist das WpDU verpflichtet, den Kunden, für die es Finanzinstrumente hält, regelmäßig eine Aufstellung über die Finanzinstrumente zu übermitteln, die es für den Kunden hält. Die Regelung enthält detaillierte Vorgaben zu Inhalt, Form und Häufigkeit der Aufstellungen. Unter bestimmten Umständen reicht es auch aus, wenn der Kunde von der Möglichkeit Gebrauch macht, über ein Online-System auf aktuelle Aufstellungen seiner Finanzinstrumente zuzugreifen.

- 3.1.3.2 Diese Regelung gilt auch für solche WpDU, die als Kreditinstitute über eine Zulassung gemäß der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ersetzt durch die nachfolgenden Richtlinien 2006/48/EG und 2013/36/EU) in Bezug auf Einlagen verfügen. Die in Art. 63 Abs. 1 Unterabsatz 2 del. VO enthaltene Ausnahme für solche Kreditinstitute betrifft lediglich die Aufstellung über die für Kunden gehaltenen Gelder.
- 3.1.3.3 Zu den nach Art. 63 Abs. 2 del. VO erforderlichen Informationen gehört auch die Angabe, inwieweit die Finanzinstrumente des Kunden nicht in seinem Eigentum stehen, sondern vom WpDU treuhänderisch in Form der Wertpapierrechnung gehalten werden. Hierbei ist auch das Lagerland auszuweisen.
- 3.1.3.4 Das WpDU hat mit geeigneten Maßnahmen sicherzustellen, dass die in der Aufstellung enthaltenen Informationen aktuell und zutreffend sind.
- 3.1.3.5 Bei Geschäften, die zum Stichtag zwar abgeschlossen, aber noch nicht abgewickelt sind, hat das WpDU eine Wahlmöglichkeit. Es kann die Aufstellung so erstellen, dass auf das Datum des Geschäfts („trade date“) abgestellt wird und damit abgeschlossene, aber tatsächlich noch nicht abgewickelte Geschäfte in der Aufstellung berücksichtigt werden. Es kann jedoch auch auf das Datum der Abwicklung („settlement date“) abstellen und damit nur solche Geschäfte berücksichtigen, die zum Stichtag bereits abgewickelt sind. Es muss in der Aufstellung jedoch für alle derartigen Informationen gleich verfahren. Es wird empfohlen, in der Aufstellung dazu einen erläuternden Hinweis aufzunehmen.

3.1.4 Verwaltung von verwahrten Kundenfinanzinstrumenten, § 63 Abs. 1 WpHG und Art. 44 del. VO:

- 3.1.4.1 Welche Verwaltungspflichten für das WpDU gegenüber dem Depotkunden gelten, folgt aus dem Depotvertrag zwischen WpDU und Kunden. Beispielsweise enthalten die in der Praxis vielfach verwendeten „Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte“ regelmäßig eine Reihe von ausdrücklich geregelten Verwaltungstätigkeiten, die die Bank gegenüber dem Kunden erbringt, z.B.:
- Erteilung von Depotauszügen
 - Einlösung von Wertpapieren/Bogenerneuerung
 - Behandlung von Bezugsrechten/Optionsscheinen/Wandelschuldverschreibungen
 - Weitergabe von Nachrichten
 - Prüfungspflichten der Bank bei Einlieferung von Wertpapierurkunden
- 3.1.4.2 Sofern das WpDU auf der Grundlage des Depotvertrages derartige Verwaltungstätigkeiten gegenüber den Kunden erbringt, sind auf diese Dienstleistungen grundsätzlich die allgemeinen Verhaltens- und Organisationspflichten für WpDU anwendbar. Demnach müssen die Dienstleistungen im Sinne des § 63 Abs. 1 WpHG ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse des Kunden erbracht werden. Es

müssen auch die Anforderungen an die organisatorischen Vorkehrungen zur Einhaltung der Vorschriften („Compliance“) gemäß Art. 22 del. VO erfüllt werden. Die Informationen, die das WpDU den Kunden über die vertraglich übernommenen Verwaltungspflichten erteilt, müssen den allgemeinen aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Kundeninformationen (Art. 44 del. VO) entsprechen. Sie müssen demnach unter anderem verständlich, zutreffend und stets redlich sein.

3.1.4.3 Da sich durch die langjährig verwendeten „Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte“ im deutschen Markt insoweit ein Standard gebildet hat, wird empfohlen, Privatkunden i.S.d. § 67 Abs. 3 WpHG beim Abschluss des Depotvertrages gesondert und deutlich darüber zu informieren, sofern das WpDU vertraglich nicht die üblicherweise im Rahmen der „Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte“ vereinbarten Verwaltungspflichten übernehmen möchte.

3.2. Unterlassung unberechtigter Verfügungen

3.2.1 Unberechtigte Nutzung von Kundenfinanzinstrumenten in Sammelbeständen

3.2.1.1 Unberechtigter Zugriff auf Kundenfinanzinstrumente

§ 84 Abs. 4 und 6 WpHG sowie verschiedene in § 10 WpDVerOV dazu enthaltenen Konkretisierungen formulieren Organisationspflichten des WpDU, die dazu dienen, einen unberechtigten Zugriff bzw. eine unberechtigte Nutzung von Kundenfinanzinstrumenten zu vermeiden.

Die unberechtigte Nutzung eines Kundenfinanzinstrumentes für eigene Rechnung oder für Rechnung eines anderen Kunden ist unter den Voraussetzungen des § 120 Abs. 8 Nr. 133 WpHG ordnungswidrig.

Überdies formuliert § 6 Abs. 2 DepotG für den Sammel- und sinngemäß für den Drittverwahrer das Gebot, aus dem Sammelbestand jedem Hinterleger nur die ihm gebührende Menge zu entnehmen. Andernfalls benötigt er die Zustimmung der übrigen Beteiligten. In anderer Weise dürfen der Sammelverwahrer und sinngemäß der Drittverwahrer den Sammelbestand nicht verringern. Verstöße gegen dieses Gebot sind unter den Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 Nr. 2 DepotG strafbar.

Es ergibt sich aus diesen Normen in Verbindung mit der allgemeinen Verhaltensregel in § 63 Abs. 1 WpHG die Verhaltenspflicht, dass das WpDU - sofern es die Finanzinstrumente mehrerer Kunden gemeinsam in einem Sammelbestand bei einem zwischengeschalteten Drittverwahrer oder bei einer Wertpapiersammelbank verwahren lässt - zur Belieferung bzw. Ausführung von

- Verkaufsgeschäften,
- Wertpapierleihen und
- Überträgen

nur insoweit auf den betreffenden Sammelbestand zurückgreifen darf, als darin im Zeitpunkt der Abwicklung in ausreichender Stückzahl entsprechende Finanzinstrumente für denjenigen Kunden verwahrt werden, für den das WpDU die Transaktion abwickelt. Denn ansonsten würde das WpDU in unberechtigter Weise die Bestände unbeteiligter Kunden nutzen. Dies gilt in gleicher Weise für das WpDU bei der Abwicklung eigener Geschäfte, soweit das WpDU seine Eigenbestände gemeinsam in einem Sammelbestand mit Kundenbeständen verwahren lässt.

Maßgeblich für die Beurteilung eines Verstoßes gegen diese Verhaltenspflicht sind die in Ziff. 2.1.1.3 dieses Rundschreibens beschriebenen Grundsätze.

Unerheblich ist, in welcher Verwahrart (Girosammelverwahrung oder Wertpapierrechnung) das WpDU die Kundenbestände führt.

3.2.1.2 Anderweitige unberechtigte Verwendung der Kundenfinanzinstrumente

Das WpDU darf die in einem Sammelbestand bei einem Drittverwahrer oder einer Wertpapiersammelbank gemeinsam verwahrten Finanzinstrumente der Kunden auch in anderer Weise nicht ohne die nach § 84 Abs. 6 erforderliche Zustimmung für Rechnung des WpDU oder für Rechnung Dritter verwenden. Das betrifft auch Fälle, in denen das WpDU ohne die erforderliche Zustimmung der betroffenen Kunden in seiner internen Depotbuchführung die Finanzinstrumente eines Kunden aus dessen Depot ausbucht und einem anderen Kundendepot oder sich selbst zubucht, ohne dass es dabei zu einer Veränderung des Sammelbestandes kommt. Das gilt auch für Bruchstücke von Finanzinstrumenten, die beispielsweise aus der Restrukturierung von Verbindlichkeiten des Emittenten entstehen können.

4. Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten

4.1 Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten zum Schutz des Kundenvermögens

Für die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten mit Blick auf die Wertpapiernebenendienstleistung des Depotgeschäfts gelten die allgemeinen Vorgaben (vgl. etwa §§ 83 WpHG u. 9 WpDVerOV, Art. 72 del. VO).

Speziell geregelte Aufzeichnungspflichten zum Schutz von Kundenfinanzinstrumenten sind darüber hinaus im Anhang I zur del. VO enthalten. Danach sind Aufzeichnungen über folgende Aspekte zu führen:

- Finanzinstrumente des Kunden, die von einem WpDU gehalten werden
- Verwendung der Finanzinstrumente der Kunden

4.2. Aufzeichnungspflichten bezüglich §§ 128 und 135 des Aktiengesetzes

Gemäß § 89 Abs. 1 Satz 2 WpHG ist im Rahmen der Depotprüfung zu prüfen, ob das WpDU den Pflichten der §§ 128 und 135 AktG nachgekommen ist. Zum Zweck dieser Prüfung hat das WpDU zu den folgenden Punkten Aufzeichnungen

zu erstellen und mindestens für die Dauer von 5 Jahren ab dem Zeitpunkt ihrer Erstellung aufzubewahren:

- Eingang und Inhalt der Mitteilungen nach § 125 Abs. 1 AktG
- Inhalt und Zeitpunkt der Weiterleitung der Mitteilungen an die Aktionäre gemäß § 128 Abs. 1 AktG
- Name und Depotnummer der Aktionäre der betreffenden Gesellschaft unter Angabe der für sie jeweils verwahrten Bestände zu dem maßgeblichen Zeitpunkt.
- Vollmachten und Weisungen zur Stimmrechtsausübung gemäß § 135 Abs. 1 AktG
- Ermächtigungen gemäß § 135 Abs. 6 AktG
- Vorschläge des WpDU für die Ausübung des Stimmrechts gemäß § 135 Abs. 2 AktG
- Zugänglichmachung der Vorschläge des Vorstands und des Aufsichtsrats gemäß § 135 Abs. 4 AktG
- Gemäß § 135 Abs. 5 AktG erteilte Untervollmachten
- Ausübung des Stimmrechts
- Mitteilungen an die Aktionäre zu Abweichungen des WpDU bei der Stimmrechtsausübung gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 AktG
- personelle Verflechtungen gemäß § 135 Abs. 2 Satz 4, Beteiligungsbesitz und Emissionstätigkeit gemäß § 135 Abs. 2 Satz 5 AktG
- Beteiligung gemäß § 135 Abs. 3 Satz 4 AktG

Die Aufzeichnungspflicht gemäß Ziffer 4.2 erstreckt sich nicht auf zusätzliche Informationen, die die betreffenden Aktiengesellschaften an das WpDU übermitteln.