



Verband der Auslandsbanken · Savignystr. 55 · 60325 Frankfurt

Bundesanstalt für
Finanzdienstleistungsaufsicht
z.H. Frau Dr. Anahita Sahavi und
Frau Jaga Gänßler

Lurgiallee 12
60439 Frankfurt

Konsultation-01-10@bafin.de

Kontakt:

Dr. Martin Schulte

+49 69 9758500 (TEL)

+49 69 9758510 (FAX)

verband@vab.de

www.vab.de

9. Februar 2010\ MS

**Konsultation 01/2010 – Entwurf eines Rundschreibens zu den Aufgaben und
Pflichten der Depotbank nach den §§ 20 ff. InvG – WA 41-Wp 2136 – 2008/0020**

Sehr geehrte Frau Dr. Sahavi, sehr geehrte Frau Gänßler,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir möchten uns herzlich für die Gelegenheit bedanken, zum Entwurf Ihres
Rundschreibens Stellung zu nehmen.

Das Gesamtergebnis aus den bereits geführten Gesprächen im Vorfeld dieser
Konsultation halten wir für sehr begrüßenswert. Da wir, wie Sie wissen, sehr eng mit den
von Ihrem Rundschreiben tangierten Marktteilnehmern zusammen arbeiten, möchten wir
noch auf einige Detailaspekte eingehen, die sich aus konkreten operativen Bedürfnissen
der Praxis ergeben. Wir sind der Überzeugung, dass die nachfolgend vorgeschlagenen
Änderungen keine negativen Auswirkungen auf den Risikoschutzgedanken des
Rundschreibens haben, sondern dessen praktische Umsetzung erleichtern.

Wir hoffen, dass unsere Anmerkungen hilfreich sind und stehen Ihnen für Rückfragen
selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Wagner

Dr. Martin Schulte

Anlage

Anlage zum Schreiben vom 8. Februar 2010

Petition 1

zu II. Genehmigung der Depotbank:

Auf Seite 5 sollte der vorletzte Absatz wie folgt geändert werden:

„Soll die **eine** Zweigniederlassung eines ausländischen Kreditinstituts als Depotbank beauftragt werden und ist vorgesehen, dass einzelne Depotbankaufgaben von **einer** der Haupt- **oder Schwestern**niederlassung im Ausland wahrgenommen werden, so gilt darüber hinaus Folgendes: Die Kapitalanlagegesellschaft hat nachzuweisen, dass die organisatorischen Vorkehrungen der ausländischen ~~Haupt~~**Niederlassung** geeignet sind, um die jeweilige Depotbankaufgabe im Einklang mit den Vorschriften des InvG wahrzunehmen. Ferner hat sie in diesen Fällen eine Bestätigung des ausländischen Kreditinstituts beizubringen, wonach die in § 20 Absatz 3 Satz 1 InvG vorgesehene Abschlussprüfung auch die Prüfung der Systeme und organisatorischen Vorkehrungen der ~~Haupt~~**niederlassung** ausländischen ~~Haupt~~**Niederlassung** umfasst, sofern diese – anstelle der Zweigniederlassung – bestimmte Depotbankaufgaben erbringen soll. **Dasselbe gilt entsprechend für die Aufgabenwahrnehmung durch andere Konzernunternehmen.**“

Begründung:

Es können auch andere (unselbständige) Niederlassungen des Instituts anstelle der Hauptniederlassung mit Depotbankaufgaben betraut werden, so dass hier keine Beschränkung auf eine bestimmte Niederlassung des Instituts eingeführt werden sollte, die zu Unsicherheiten führt. Bezüglich der Aufgabenwahrnehmung durch (juristisch selbständige) Konzernunternehmen ist ebenfalls eine Klarstellung erforderlich, weil die Auslagerungsregelungen nicht direkt auf EU-Zweigniederlassungen anwendbar sind.

Petition 2

zu IV. 4. Verwahrketten:

Folgende Ergänzung auf Seite 11 im ersten Absatz würden wir begrüßen:

„Die Depotbank vereinbart mit dem ausländischen Drittverwahrer („Unterverwahrer 1“), dass dieser mit seinem Unterverwahrer („Unterverwahrer 2“) eine vertragliche Vereinbarung trifft, die der unter Punkt IV. 2 beschriebenen entspricht. Gleiches gilt bei jedem weiteren Unterverwahrverhältnis, das innerhalb der Verwahrkette gegründet werden soll. In praktischer Hinsicht ist dieses dadurch umzusetzen, dass der jeweilige Unterverwahrer seine nach Punkt 3 der Drei-Punkte-Erklärung abzugebende Zustimmung gegenüber dem von ihm beauftragten Unterverwahrer erst dann erteilt, wenn sichergestellt ist, dass letzterer seinerseits eine dem Punkt IV. 2 entsprechende Vereinbarung auf der nächsten Verwahrstufe abschließt. **Wird in den Anlagegrundsätzen ausdrücklich die Investition in bestimmten Ländern vorgesehen, die zwingend mit einer Verwahrung von Vermögensgegenständen bei einem lokalen Verwahrer einhergehen, so kann von dem Erfordernis der Einholung**

einer **Drei-Punkte-Erklärung abgesehen werden, sofern sich die Kapitalanlagegesellschaft hiermit einverstanden erklärt hat.**“

Begründung:

Bei den häufig als Spezialfonds organisierten Sondervermögen werden oftmals aufgrund der Anlagestrategie Investitionen getätigt, die zwangsläufig Verwahrverhältnisse erfordern, die nicht den hiesigen Standards entsprechen. Gleichwohl handelt es sich oft um eine erfolgreiche und in jedem Fall legitime Form des Investierens, die mit dem uneingeschränkten Erfordernis einer Drei-Punkte-Erklärung zunichte gemacht würde. Die insoweit bestehenden spezifischen Verwahr Risiken sind der Kapitalanlagegesellschaft bekannt. Sie hat diese nach Abschnitt 4.4.1 Textziffer 3 Inv MaRisk in ihr Risikomanagement einzubeziehen.

Petition 3

zu VI. Sorgfältige Auswahl des Drittverwahrers und laufende Überwachung:

Im dritten Absatz auf den Seiten 12/13 sollte klargestellt werden, dass die Vermeidung der Verflechtung zwischen Unterverwahrer und Portfoliomanager sich nur auf juristische Personen beziehen kann und nicht auf Konzernzugehörigkeiten.

„Eine sorgfältige Auswahl setzt ferner voraus, dass die Beauftragung des Drittverwahrers nicht mit den sonstigen Bestimmungen des InvG **kollidiert**, die dem Schutz der Anteilinhaber dienen, ~~kollidiert~~. Eine solche Kollision ist beispielsweise anzunehmen, wenn die Depotbank einen inländischen oder ausländischen Drittverwahrer **innerhalb derselben juristischen Person** beauftragt, der zugleich das Portfoliomanagement des Sondervermögens eingelagert hat (vgl. § 16 Absatz 2 Satz 3 InvG). **Wird lediglich ein Institut innerhalb derselben Institutsgruppe beauftragt, das nicht zur selben juristischen Person gehört, ist eine entsprechende Kollision hingegen nicht indiziert.**“

Begründung:

Im Rahmen des Geschäftsmodells der Global Custodians kommt es regelmäßig vor, dass verschiedene Gesellschaften innerhalb der Gruppe einerseits mit der Verwahrung von Vermögensgegenständen und andererseits mit dem Portfoliomanagement betraut sind. Das ist nach § 16 Abs. 2 S. 3 InvG auch zulässig.

Petition 4

zu VI. Sorgfältige Auswahl des Drittverwahrers und laufende Überwachung:

Der zweite Absatz auf Seite 13 sollte entfallen:

~~Eine sorgfältige Auswahl liegt nicht vor, wenn die Depotbank ohne nachvollziehbare Gründe einen von ihr unabhängigen ausländischen Drittverwahrer mit der Verwahrung beauftragt, obwohl sie auch eine zu ihr oder zu ihrer Institutsgruppe gehörende ausländische Verwahrstelle in Anspruch nehmen könnte. In diesem Fall handelt die Depotbank den Interessen der Anleger zu wider, da sie dann die Kontrolle über die zu~~

~~verwahrenden Wertpapiere ohne sachlich nachvollziehbare Gründe nicht mehr uneingeschränkt haben würde.~~

Begründung:

Die Risiken, welche durch die Einschränkung bei der Auswahl eines Drittverwahrers abgedeckt werden sollen, sind nach unserer Einschätzung inexistent. In der Praxis kommt es regelmäßig vor, dass ein gruppenfremdes Institut als Drittverwahrer in Anspruch genommen wird. Dies beruht insbesondere im Bereich der Global Custodians auf bewährten Verwahrketten, die zwischen Instituten rahmenvertraglich vereinbart worden sind, bevor die jeweiligen konkreten Vermögensgegenstände in das betreffende Sondervermögen aufgenommen wurden. Die Weitergabe der Kontrolle über die verwahrten Assets bedeutet für den Anleger regelmäßig einen Kostenvorteil, ohne dass dabei die Qualität der Depotbankleistung eingeschränkt würde. Vielmehr ist es so, dass die bestehenden Verwahrketten an institutsübergreifenden Synergieeffekten orientiert sind, die zu Kostenvorteilen und Qualitätssteigerung führen.

Hilfsweise:

Alternativ zu einer ersatzlosen Streichung würden wir – aber nur als zweitbeste Lösung – eine Präzisierung im Rahmen einer positiven Formulierung in Bezug auf die „sachlichen Gründe“ begrüßen:

„Eine sorgfältige Auswahl liegt nicht vor, wenn die Depotbank ohne nachvollziehbare Gründe einen von ihr unabhängigen ausländischen Drittverwahrer mit der Verwahrung beauftragt, obwohl sie auch eine zu ihr oder zu ihrer Institutsgruppe gehörende ausländische Verwahrstelle in Anspruch nehmen könnte. ~~In diesem Fall handelt die Depotbank den Interessen der Anleger zu wider, da sie dann die Kontrolle über die zu verwahrenden Wertpapiere ohne sachlich nachvollziehbare Gründe nicht mehr uneingeschränkt haben würde.~~ **Ein sachlicher Grund für die Beauftragung eines unabhängigen ausländischen Drittverwahrers liegt vor, wenn die Depotbank nachvollziehbar darlegen kann, dass sich die Rechtsstellung des Anlegers durch die Auswahl nicht verschlechtert.“**

Petitem 5

zu VII. 3. a) (1) Aufnahme von Krediten nach Maßgabe des § 53 InvG:

Folgende Ergänzung im letzten Absatz auf Seite 15 würden wir begrüßen:

Erfolgt die Kreditaufnahme durch Inanspruchnahme eines Kontokorrentkredits oder einer anderen gewährten Kreditlinie, kann das Merkmal der Kurzfristigkeit **und der 10 Prozent-Grenze** erst nach der Aufnahme des Kredits im Rahmen einer laufenden Ex-Post-Kontrolle überprüft werden.

Petition 6

zu VII. 3. b) Anlage in Bankguthaben bei anderen Kreditinstituten

Auf Seite 16 im vierten Absatz sollte der zweite Satz wie folgt geändert werden:

Bei der Anlage in Bankguthaben bei anderen Kreditinstituten hat die Depotbank zu kontrollieren, ob (1) die Anlage auf einem Sperrkonto i.S.d. § 24 Absatz 2 InvG erfolgt und – soweit die folgenden Anlagegrenzen auf das jeweilige Sondervermögen anzuwenden sind – ob (2) die 20 Prozent-Grenze des § 60 Absatz 3 InvG sowie (3) die Voraussetzungen des § 49 InvG (insbesondere Laufzeit von höchstens zwölf Monaten) eingehalten werden. Die Kontrolle der unter (1) genannten Voraussetzung (Anlage auf einem Sperrkonto) hat die Depotbank ex-ante durchzuführen. Sie muss sich daher vor der Ausführung der Überweisung von dem anderen Kreditinstitut schriftlich bestätigen lassen, dass es sich bei dem Konto um ein Sperrkonto i.S.d. § 24 Absatz 2 InvG handelt. ~~Auch die~~ Die Einhaltung der Anlagegrenze des § 60 Absatz 3 InvG **und** ~~ist ex-ante zu kontrollieren. Dagegen sind~~ die Voraussetzungen des § 49 InvG **sind** ex-post zu prüfen.

Begründung zu den Petiten 5 und 6:

Die Prüfung der 10 Prozent-Grenze ist bei Kontokorrentkrediten erst nachträglich praktikabel, da im Rahmen der Ziehung keine vorherige Abstimmung zwischen der Depotbank und der darlehensgebenden Bank erfolgt.

Im Rahmen von § 60 Abs. 3 InvG sehen wir die Gefahr, dass eine ex ante Prüfung nicht nur zu praktischen Schwierigkeiten führt, sondern insbesondere die Anleger benachteiligt, da die ex ante Prüfung nahezu zwangsläufig zu einem Zeit- und damit zu einem Zinsverlust führt. Da die Anlagen in der Regel kurzfristig sind, können schon kleine Reibungsverluste letztlich zu solchen Nachteilen führen.

Petition 7

zu VII. 3. a) (2) Aufnahme von Krediten nach Maßgabe des § 80a InvG:

Folgende Streichung würden wir im zweiten Absatz auf Seite 16 begrüßen:

~~„Die Einhaltung der 50 Prozent-Grenze, die Übereinstimmung mit den Vertragsbedingungen, die Vereinbarkeit mit einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung und die Marktüblichkeit der Kreditbedingungen sind vor der Aufnahme des Kredits (ex-ante) zu prüfen. Für die Kontrolle der Marktüblichkeit gelten die Ausführungen unter VII. 3. a) (1) entsprechend. Die Vereinbarkeit der Kreditaufnahme mit einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung ist anhand deren Auswirkungen auf die Ertrags- und Aufwandsrechnung zu beurteilen, wobei der Depotbank ein weit reichender Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist.“~~

Begründung:

Die Vereinbarkeit der Kreditaufnahme mit einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung entzieht sich grundsätzlich dem Beurteilungsspielraum der Depotbank, zumal es sich um eine originäre Aufgabe und Kompetenz des Asset Managers handelt. Sollte eine ersatzlose Streichung dieser Passage nicht in Betracht kommen, sehen wir als

praktikable Lösung allenfalls Spielraum für eine absolute Missbrauchskontrolle seitens der Depotbank. Dafür ist die Schwelle aber deutlich höher als bei der „ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung“ anzusetzen, etwa wenn es sich um einen Wucherkredit handelt. Praktisch würde eine Kontrolle der Wirtschaftlichkeit des Portfoliomanagements durch die Depotbank jedenfalls zu untragbaren Unsicherheiten und Konfliktsituationen führen.

Petition 8

zu VII. 4. Dokumentation:

Mit Blick auf die zu dokumentierende Zustimmung im zweiten Absatz auf Seite 18 möchten wir folgende Ergänzung vorschlagen:

„Die Depotbank hat nachvollziehbar schriftlich zu dokumentieren, dass sie die einzelnen Geschäfte überprüft und ihre Zustimmung erteilt hat. **Eine schriftliche Bestätigung der Zustimmung gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft ist nicht erforderlich.**“

Begründung

Die Zustimmung der Depotbank erfolgt häufig konkludent im Wege der Ausführung einer bestimmten Transaktion. Ein zusätzlicher Bestätigungsvermerk neben der Ausführung der Transaktion selbst ist somit überflüssig.

Petition 9

zu VIII. 3. Kontrolle der Sicherheiten für Wertpapierdarlehen nach § 27 Absatz 1 Nr. 4 InvG:

Auf Seite 24 sollte der vierte Absatz wie folgt geändert werden:

„~~Vor der~~ **Nach** Abwicklung des Wertpapierdarlehensgeschäfts muss die Depotbank die Möglichkeit haben, zu prüfen, ob die erforderlichen Sicherheiten rechtswirksam bestellt und der Höhe nach ausreichend vorhanden sind. ~~Erst nachdem die Depotbank vom Vorliegen dieser Voraussetzungen überzeugt ist, hat sie die zu verleihenden Wertpapiere freizugeben und auf die jeweiligen Konten bei dem Collateral Manager zu übertragen.~~“

Begründung:

Die wirksame Bestellung der Sicherheiten kann erst geprüft werden, nachdem die in § 54 Abs. 1 Satz 1 InvG vorgesehene Zug um Zug-Übertragung abgeschlossen wurde, denn die Depotbank stellt in diesem Zusammenhang fest, dass die Sicherheiten – insbesondere verpfändete Wertpapiere – entsprechend der Vereinbarungen in den Sicherheitenverträgen hinterlegt worden sind. Besteht die Sicherheit demnach in einem Pfandrecht an einem Depotkonto, so entsteht sie auch erst durch die Hinterlegung selbst, so dass begriffsnotwendig nur eine ex post-Kontrolle sinnvoll und möglich ist. Eine vorgelagerte Prüfung der Wirksamkeit der Sicherheitenverträge obliegt der Kapitalanlagegesellschaft, welche zu diesem Zweck regelmäßig eine spezialisierte Rechtsanwaltskanzlei beauftragt, die – über ihre Haftpflichtversicherung abgesichert –

für die juristisch wirksame Bestellung der Sicherheiten entsteht. Ein anlegerschutzmotiviertes Bedürfnis für eine ex ante-Prüfung entfällt damit. Entsprechend geht auch der Wortlaut des § 27 Abs. 1 Nr. 4 InvG im Sinne einer ex post-Kontrolle davon aus, dass die betreffenden Sicherheiten „bestellt sind“.

Petition 10

zu VIII. 3. Kontrolle der Sicherheiten für Wertpapierdarlehen nach § 27 Absatz 1 Nr. 4 InvG:

Der zweite Absatz auf Seite 24 sollte wie folgt gefasst werden.

„Um in diesen Fällen eine ordnungsgemäße Kontrolle **der wirksamen Bestellung und fortbestehenden Werthaltigkeit der Sicherheiten** durch die Depotbank sicherzustellen, hat die ~~Depotbank~~ **Kapitalanlagegesellschaft** zunächst die Eignung des Kreditinstituts i.S.v. § 54 Absatz 2 S. 4 InvG zu prüfen (siehe hierzu III. 1.) Daneben hat sie zu prüfen, ob das Kreditinstitut über die fachlichen und organisatorischen Voraussetzungen verfügt, um das Management der Sicherheiten ordnungsgemäß wahrzunehmen.“

Begründung:

Nach unserem Verständnis der Systematik und des Wortlauts des InvG ist Adressat des Pflichtenkreises des § 54 InvG einschließlich der Regelung des § 54 Abs. 2 S. 4 InvG ausschließlich die Kapitalanlagegesellschaft. Der Depotbank obliegt hingegen entsprechend dem Wortlaut des § 27 Abs. 1 Nr. 4 InvG ausschließlich die Pflicht der Prüfung der Sicherheiten selbst, nicht aber des Collateral Managers, wobei der Verweis auf § 54 InvG in § 27 Abs. 1 Nr. 4 InvG systematisch nicht die Einbeziehung der in § 54 InvG genannten Pflichten in den Zuständigkeitsbereich der Depotbank bedeutet. Die von der Depotbank zu prüfende wirksame Bestellung der Sicherheiten ist vielmehr unabhängig von der Eignung des für deren Verwahrung bestellten Kreditinstituts. Grundsätzlich ist das hier betroffene Management von operationellen Risiken im Kompetenzbereich der KAG anzusiedeln und würde die Depotbank als Kontrollinstitut überfordern, insbesondere wenn – wie hier denkbar – eine eigene Due diligence-Prüfung des Collateral Managers in Betracht zu ziehen ist.

Petition 11

zu VIII. 3. Kontrolle der Sicherheiten für Wertpapierdarlehen nach § 27 Absatz 1 Nr. 4 InvG:

Der erste Absatz auf Seite 25 sollte gestrichen und eine Ergänzung vorgenommen werden.

~~„Die hier aufgestellten Kriterien sind nicht abschließend. Es wird daher empfohlen, die einzelnen Aspekte eines solchen „Collateral Management Systems“ insbesondere im Hinblick auf die Kontrollrechte der Depotbank im Vorfeld mit der Bundesanstalt abzustimmen.“~~

Begründung:

Aufbauend auf die Ausführungen im vorigen Petitum sind wir der Meinung, dass die Formulierung zu Verunsicherung in einer Frage führt, die durch die gesetzliche Aufgabenverteilung (Eignungsprüfung Collateral Manager: KAG – Kontrolle der wirksamen Bestellung und Vorhandensein der Sicherheiten: Depotbank) klar umrissen ist.

Petitum 12**zu VIII. 3. Kontrolle der Sicherheiten für Wertpapierdarlehen nach § 27 Absatz 1 Nr. 4 InvG:**

Folgender Satz sollte ergänzt werden:

„Wird ein Collateral Manager mit der Sicherheitenverwahrung betraut, ist das Erfordernis der jederzeitigen Prüfung des Vorhandenseins der Sicherheiten teleologisch dahingehend zu präzisieren, dass die Depotbank den Bestand in periodischen, vertraglich festgelegten Abständen prüft. Der Collateral Manager hat die Depotbank über jede avisierte Veränderung im Sicherheitenbestand unverzüglich zu unterrichten und ihr vorab Gelegenheit zur Prüfung zu geben. Die Kapitalanlagegesellschaft hat bei der Beauftragung des Collateral Managers diesen zur Information und zur Unterrichtung der Depotbank zu verpflichten, damit sie ihrer Prüfungspflicht nachkommen kann.“

Begründung:

Die jederzeitige Prüfung von Sicherheiten, die unter einem externen Collateral Management stehen, ist praktisch nicht durchführbar, wenn der Sicherungsgeber – wie dies in der Praxis regelmäßig der Fall ist – die Sicherheiten im ausschließlichen Zusammenwirken mit dem Collateral Manager austauscht. In diesen Prozess ist die Depotbank nicht eingebunden.

Petitum 13**zu VIII. 6. b) Aufwendungsersatz:**

Der zweite Absatz auf Seite 31 sollte entfallen:

~~„Bei der Geltendmachung von Aufwendungsersatz hat die Depotbank die von der Kapitalanlagegesellschaft vorgelegten Rechnungen auf sachliche und rechnerische Richtigkeit zu überprüfen. Zu den Aufwendungen i.S.d. § 29 Absatz 1 InvG zählen unter anderem Prüfungskosten durch den Abschlussprüfer der Kapitalanlagegesellschaft, Kosten, die im Zusammenhang mit dem Erwerb und der Veräußerung von Vermögensgegenständen entstanden sind (z.B. Notarkosten), sowie Kosten der Bekanntmachung der Jahres- und Halbjahresberichte, der Ausgabe- und Rücknahmepreise und ggf. der Ausschüttungen und des Auflösungsberichtes.“~~

Begründung:

Die Passage würde zu erheblichen Unsicherheiten führen, da die Depotbank Berichts-, Prüf- und Rechtsberatungskosten nicht nachvollziehen kann. Andernfalls müssten offizielle Richtwerte zur Verfügung gestellt werden, was uns praktisch kaum umsetzbar erscheint. Auch im Hinblick auf den vom InvG intendierten Anlegerschutz ist es sachgerecht, die Prüfpflicht auf die Höhe der Verwaltungsvergütung zu beschränken, was der Marktpraxis entspricht.

Petitum 14**zu XI. Eskalationsprozess:**

Auf Seite 33 im zweiten Absatz, zweiter Satz, sollte nicht auf den Geschäftsleiter, sondern auf den zuständigen Sachbearbeiter abgestellt werden:

„Stellt die Abteilung der Depotbank, die die Aufgaben der Kapitalanlagegesellschaft kontrolliert („Abteilung B“) einen Regelverstoß fest, hat der ~~Geschäftsleiter~~ **zuständige Mitarbeiter** dieser Abteilung nicht nur Kontakt mit dem ~~Geschäftsleiter~~ **zuständigen Mitarbeiter** der Depotbankabteilung, auf die die Aufgaben der Kapitalanlagegesellschaft ausgelagert wurden („Abteilung A“), sondern zugleich auch mit der Kapitalanlagegesellschaft aufzunehmen.“

Begründung:

Um die Effizienz des Eskalationsprozesses zu gewährleisten und unnötigen Mehraufwand für die Marktteilnehmer zu vermeiden, sollte auf die sach nächsten Mitarbeiter abgestellt werden. Die Verantwortung des Geschäftsleiters besteht unabhängig von aufsichtlichen Vorgaben. Für den Anleger ergibt sich schließlich kein Vorteil, wenn aufsichtlich Aufgaben an die – ohnehin verantwortliche – Leitungsebene delegiert werden.

Petitum 15**zu XII. Depotbankvertrag:**

Der erste Punkt auf Seite 34 sollte positiv formuliert werden, damit die Vertragsparteien nicht gezwungen sind, eine abschließende Negativliste für nicht zu erbringende Dienstleistungen aufzustellen.

„Zu diesem Zweck ist im Depotbankvertrag **einschließlich der Service Level Agreements** u.a. zu regeln,

- was die Depotbank im Rahmen ihrer Depotbankfunktionen ~~nicht~~ leisten kann (~~z.B. die Prüfung bestimmter Erwerbsvorgaben bei bestimmten Ethikfonds~~).“

Begründung:

Vertrags- und gesetzestechnisch sinnvoll wäre der explizite Ausschluss von Dienstleistungen nur, wenn er sich auf obligatorische Depotbankfunktionen bezieht,

welche aber gerade nicht abdingbar sind. Dies ist insbesondere bei der Prüfung von Erwerbsvorgaben von Ethikfonds als typischem Beispiel für einen Anlagegrundsatz nicht der Fall. Um über die Vertragsgestaltung maximale Rechtssicherheit zu erreichen, sollte deswegen positiv formuliert werden, welche Dienstleistungen die Depotbank schuldet, und nicht etwa, welche sie nicht schuldet. Zudem hat die KAG nach der InvMaRisk standardisierte Vertragstexte zu verwenden, soweit dies in Anbetracht der jeweiligen Geschäftsarten möglich und zweckmäßig ist. Dies wäre aber mit der im Entwurf vorgeschriebenen „Negativliste“ von vornherein ausgeschlossen, obgleich gerade zur Gewährleistung einheitlicher Kontrollstandards ein (weitgehend) standardisierter Depotbankvertrag notwendig ist. In der Praxis werden die Service Level Agreements als Teil des Depotbankvertrags behandelt.

Petitum 16

zu XII. Depotbankvertrag:

Die Formulierung im dritten Punkt auf Seite 34 wird in unserem Mitgliederkreis als unglücklich empfunden und sollte ersatzlos entfallen.

„Zu diesem Zweck ist im Depotbankvertrag u.a. zu regeln, [...]

- ~~• dass die Depotbank der Kapitalanlagegesellschaft unverzüglich mitteilt, ob sie ihren Depotbankfunktionen auch nach der Änderung weiterhin vollumfänglich nachkommen kann und für den Fall, dass sie diese nicht ordnungsgemäß wahrnehmen kann, dass die Kapitalanlagegesellschaft von der jeweiligen Änderung abzusehen hat bis eine neue geeignete Depotbank mit der Wahrnehmung der Depotbankfunktionen für das betroffene Sondervermögen beauftragt ist.“~~

Begründung:

Sachgerecht erscheint es insoweit, dass die Depotbank im Rahmen einer nachträglichen Änderung der Anlagegrenzen vor Vertragsunterzeichnung in den Gestaltungsprozess einbezogen werden muss und dort die Möglichkeit erhält, Einfluss zu nehmen. Dass die Kapitalanlagegesellschaft von Seiten der Aufsicht gehalten sein soll, die Depotbank nach einseitiger Änderung der Leistungsanforderungen zu wechseln, wenn bestimmte Leistungen nicht oder nicht zu angemessenen Preisen erbracht werden können, wird bestehende Vertrauensverhältnisse im Markt nachhaltig stören. Die Depotbank darf nicht ohne eigenes Zutun/Verschulden aus Vertragsverhältnissen hinausgedrängt werden. Dies wäre für keinen Marktteilnehmer hinnehmbar und zumutbar. Beide Parteien des Depotbankvertrages sind an die dort vereinbarten Bedingungen gebunden, was auch eine Regelung in Bezug auf eine Erweiterung des Kontrollumfangs einschließt. In dieses Vertragsverhältnis sollte nicht aufsichtlich eingegriffen werden. Der Anlegerschutz wird über die gesetzlichen Prüfpflichten der Depotbank, welche gerade nicht vertraglich abdingbar sind, ausreichend geschützt. Hinzu kommt schließlich, dass sich durch die im Entwurf enthaltene Regelung ein Widerspruch zur InvMaRisk 5. Tz. 3 (Verfahren zur Vermeidung einer unangemessenen Beeinträchtigung von Anlegerinteressen durch Transaktionskosten) aufbaut: Danach dürfen Risikoaspekte nicht isoliert von Ertrags- und Kostenaspekten diskutiert werden, so dass sich eine Kündigungspflicht regelmäßig nicht im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Kosten und Aufwand der Kontrolltätigkeit befinden wird. Auch im Hinblick auf die Vorgaben der InvMaRisk zur

Einbeziehung der Depotbank im Rahmen von Aktivitäten in neuen Produkten oder auf neuen Märkten tut sich hier ein Widerspruch auf. Das Konzept der Einbeziehung der Depotbank ist für die Ausübung der Verwahrfunktion sowie für die Erfüllung der Kontrollaufgaben und insbesondere der Bewertung/Anteilswertermittlung notwendig. Das bedeutet aber auch, dass sie auf die Neubestimmung ihres Pflichtenkreises Einfluss nehmen können muss. Dies wäre praktisch kaum umzusetzen, wenn der KAG gleichzeitig vorgeschrieben wird, nach Abfrage der Kontrollfähigkeit ggf. eine Kündigung auszusprechen.

Petitum 17

Einführung einer Übergangsfrist:

Das Rundschreiben sollte eine Übergangsregelung beinhalten, nach der klargestellt wird, ab welchem Zeitpunkt mit aufsichtlichen Maßnahmen zu rechnen ist.

Begründung:

Das Rundschreiben bedingt erheblichen Anpassungsbedarf und Mehraufwand insbesondere auf Seiten der Depotbanken, da die §§ 20 ff. InvG bislang in der Praxis in mehreren Aspekten abweichend ausgelegt wurden. Konkret besteht sowohl für die Depotbanken als auch die Kapitalanlagegesellschaften insbesondere Anpassungsbedarf bei den Depotbankverträgen, eventuellen Auslagerungsverträgen, soweit die Depotbank Zugriff auf die Systeme der Kapitalanlagegesellschaft erhält, Absprachen zwischen den Kapitalanlagegesellschaften und den Anlegern bzgl. Anlagegrenzen und Maßnahmen hinsichtlich der Kontrolle der Funktionalität von KAG-Systemen.

Petitum 18

zu VII. 3. b) (2) Anlage in Bankguthaben bei anderen Kreditinstituten

Folgende Ergänzung würden wir im dritten Absatz auf Seite 16 begrüßen:

Anlage in Bankguthaben bei anderen Kreditinstituten Bei der Anlage in Bankguthaben bei anderen Kreditinstituten hat die Depotbank zu kontrollieren, ob (1) die Anlage auf einem Sperrkonto i.S.d. § 24 Absatz 2 InvG erfolgt und – soweit die folgenden Anlagegrenzen auf das jeweilige Sondervermögen anzuwenden sind¹⁴ – ob (2) die 20 Prozent-Grenze des § 60 Absatz 3 InvG sowie (3) die Voraussetzungen des § 49 InvG (insbesondere Laufzeit von höchstens zwölf Monaten) eingehalten werden. Die Kontrolle der unter (1) genannten Voraussetzung (Anlage auf einem Sperrkonto) hat die Depotbank ex-ante durchzuführen. Sie muss sich daher vor der Ausführung der Überweisung von dem anderen Kreditinstitut **oder der Kapitalanlagegesellschaft** schriftlich bestätigen lassen, dass es sich bei dem Konto um ein Sperrkonto i.S.d. § 24 Absatz 2 InvG handelt. **Für den Fall, dass es sich um ein ausländisches Konto handelt, kann die Einholung eines Sperrvermerks unterbleiben, wenn entsprechende Sicherungsmechanismen gewährleistet sind.**“

Begründung:

Das Bedürfnis für eine entsprechende Flexibilität folgt dem Umstand, dass Sperrkonten im grenzüberschreitenden Geschäft nicht verbreitet sind. Dass die Bestätigung auch von der KAG eingeholt werden kann, würde zu einer wünschenswerten Ablaufbeschleunigung beitragen.

Petition 19**zu VIII. 4. b) Prüfung der Anlagegrenzen auf börsentäglicher Basis**

Folgende Änderung auf Seite 28 erscheint uns sinnvoll:

b) Prüfung der Anlagegrenzen auf börsenbewertungstäglicher Basis

- Börsenbewertungstägliche Abfrage des eigenen oder des Systems der Kapitalanlagegesellschaft nach Verletzung von Anlagegrenzen,

Nach dem vierten Spiegelstrich würden wir folgende Ergänzung anregen:

„Handelt es sich um ein Spezialsondervermögen, besteht die Möglichkeit, von dem Erfordernis der täglichen Prüfung vertraglich abzuweichen.“

Begründung:

Es wäre zu begrüßen, wenn das Rundschreiben im Hinblick auf die verschiedenen Arten von Sondervermögen (z.B. Publikums- und Spezial-Sondervermögen) eine den unterschiedlichen (Schutz-) Bedürfnissen von privaten und institutionellen Anlegern Rechnung tragende Differenzierungsmöglichkeit vorsehen würde. Das strenge Erfordernis der börsentäglichen Prüfung ist vorrangig zum Schutz privater Anleger geeignet.