



BVI · Eschenheimer Anlage 28 · D-60318 Frankfurt am Main

Bundesanstalt für
Finanzdienstleistungsaufsicht
Referat WA 41
Frau Dr. Anahita Sahavi
Frau Jaga Gänßler
Lurgiallee 12
60439 Frankfurt am Main

Bundesverband Investment
und Asset Management e.V.

Ihr Ansprechpartner:
Alexander Kestler
Tel.: 069/154090-253
Fax: 069/154090-153
alexander.kestler@bvi.de

8. Februar 2010

Per E-Mail an Konsultation-01-10@bafin.de

**Entwurf eines Rundschreibens zu den Aufgaben und Pflichten
der Depotbank nach den §§ 20ff. InvG
Hier: Stellungnahme im Rahmen der Konsultation 01/2010**

Sehr geehrte Frau Dr. Sahavi,
sehr geehrte Frau Gänßler,

wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zu dem oben genannten Entwurf Stellung zu nehmen.

Eine aufsichtliche Klarstellung der Rechte und Pflichten der Depotbank ist für eine sachgerechte Umsetzung laufender Geschäftsmodelle hilfreich und erhöht die Rechtssicherheit. Es sollte jedoch darauf geachtet werden, dass es nicht zu einer Überregulierung kommt, die Kapitalanlagegesellschaften und Depotbanken zwingt, bewährte Prozesse kostenträchtig zu adjustieren, ohne mehr Sicherheit für den Anleger zu erzeugen.

Insbesondere halten wir eine Vereinheitlichung der Anforderungen an die Kontrollpflichten für Publikums- und Spezialfonds nicht für sachgerecht. Dies wird bei Spezial-Sondervermögen zwangsläufig zu einem erhöhten Kontrollaufwand und systemseitigem Handlungsbedarf führen. Dies wäre mit den Interessen der Spezialfonds-Anleger nicht vereinbar. Im Hinblick auf das geringere Schutzbedürfnis institutioneller Anleger ist daher bei Spezial-Sondervermögen eine teleologische Reduktion im Hinblick auf die erforderlichen Kontrollpflichten der Depotbank vorzunehmen.

Hauptgeschäftsführer:
Stefan Seip
Geschäftsführer:
Rudolf Siebel

Eschenheimer Anlage 28
60318 Frankfurt am Main
Postfach 10 04 37
60004 Frankfurt am Main
Tel.: 069/154090-0
Fax: 069/5971406
info@bvi.de
www.bvi.de

Außerdem wird das Depotbankschreiben Kontrollen der bestehenden Geschäftsmodelle notwendig machen. Die neuen Anforderungen an Verträge werden einen zusätzlichen Prüf- und Anpassungsbedarf erfordern. Wir regen daher an, eine mindestens 12-monatige Übergangsfrist in das Schreiben aufzunehmen.

Aufgrund der sehr knappen Konsultationsfrist war es uns leider nicht möglich, sämtliche Details in der gebotenen Tiefe zu analysieren. Wir erlauben uns daher, Ihnen nötigenfalls noch kurzfristig zusätzliche Anmerkungen zuzuleiten.

Im Einzelnen haben wir folgende Anmerkungen:

Seite 5 Abschnitt II. 4. dritter Absatz:

Die Nachweispflicht der Kapitalanlagegesellschaft, dass die ausländische Hauptniederlassung oder andere Niederlassung über geeignete organisatorische Vorkehrungen verfügt, um die von ihr wahrgenommenen Depotbankaufgaben gemäß den Vorgaben des InvG durchzuführen, sollte entfallen. Dieser Nachweis kann von der Kapitalanlagegesellschaft in der geforderten allumfassenden Weise mangels detaillierter Expertise des Depotbankgeschäfts nicht erbracht werden.

Wir schlagen daher vor, wie folgt zu formulieren:

„Soll die Zweigniederlassung eines ausländischen Kreditinstitutes als Depotbank beauftragt werden und ist vorgesehen, dass einzelne Depotbankaufgaben von der Hauptniederlassung im Ausland wahrgenommen werden, so gilt darüber hinaus Folgendes: **Die Depotbank hat eine Bestätigung des ausländischen Kreditinstitutes oder eines von ihr beauftragten Wirtschaftsprüfers beizubringen**, dass die organisatorischen Vorkehrungen **der ausländischen Niederlassung** geeignet sind, um die jeweilige Depotbankaufgabe im Einklang mit den Vorschriften des InvG wahrzunehmen.“

Seite 7 Abschnitt III. 1. dritter Absatz:

Wir begrüßen die Klarstellung in Abschnitt VIII. 3., dass Sicherheiten, die einer Kapitalanlagegesellschaft für Rechnung eines Sondervermögens im

Rahmen von Wertpapierdarlehen gestellt werden, bei einem sog. „Collateral Manager“ verwahrt werden können.

Wir regen ergänzend eine entsprechende Klarstellung für die Behandlung von Sicherheiten an, die von einem Kontrahenten der Kapitalanlagegesellschaft im Rahmen von OTC-Derivaten für Rechnung eines Sondervermögens gestellt werden (z.B. Sicherungsübereignung, Verpfändung). Werden einer Kapitalanlagegesellschaft in der Praxis für ein Kontrahentenrisiko aus OTC Derivaten von dem Kontrahenten Sicherheiten gestellt, kann es sich gemäß § 22 Abs.7 DerivateV um Guthaben bei Zone A Kreditinstituten handeln. Die Stellung von Sicherheiten in Form von Wertpapieren ist grundsätzlich ebenfalls möglich. Solche Wertpapiere sollten in Anlehnung an die Zulässigkeit bei Wertpapierdarlehen ebenfalls nicht zwingend bei der Depotbank verwahrt werden müssen. Zwingende Gründe stehen einer solchen Handhabung nicht entgegen; für den Anleger entsteht hieraus kein erhöhtes Risiko, weil die Kapitalanlagegesellschaft für Rechnung der Sondervermögen in der Insolvenz des Collateral Managers bei Wertpapieren i.d.R. eine bessere rechtliche Stellung hat, als in der Insolvenz eines kontoführenden Instituts, bei der - über einen möglicherweise gegebenen Anspruch aus Einlagensicherung - lediglich eine Forderung zur Tabelle angemeldet werden kann. Schließlich unterstützt die Verwendung eines professionellen Collateral Managers, der die komplexen Regelungen der Berechnung von Sicherheiten nach Maßgabe der im Markt verwendeten rahmenvertraglichen Regelungen für OTC-Derivate und deren kurzfristige und jederzeitige Umsetzung gewährleisten kann, die Kapitalanlagegesellschaft nicht zuletzt auch in operationeller Hinsicht und dürfte sich - wie bei den Wertpapierdarlehen – für den Anleger auch risikomindernd auswirken.

Wir schlagen vor, an das Ende des zweiten Absatzes folgenden neuen Satz aufzunehmen:

„Wertpapiere, die der Kapitalanlagegesellschaft für Rechnung des Sondervermögens im Rahmen von OTC-Derivategeschäften als Sicherheit gestellt werden (§ 22 Absatz 6 DerivateV), müssen nicht zwingend auf einem Sperrdepot bei der Depotbank verwahrt werden.“

Seite 7 Abschnitt III. 2. zweiter Absatz:

Die Worte „Forderungen aus Termin- und Optionsgeschäften nach § 51 InvG“ sollten ersetzt werden durch „Forderungen aus Derivaten nach § 51 InvG“. Damit wird klargestellt, dass auch andere Derivate und nicht nur die jetzt genannten Derivate nicht verwahrfähige Vermögensgegenstände sind.

Seite 8 Abschnitt IV. Überschrift:

Statt „Drittwahrung“ sollte es „Dritt**ver**wahrung“ heißen.

Seite 8 Abschnitt IV. zweiter Absatz:

1. Da ausländische Regelungen zur Konto- und Depotführung durchaus vorsehen können, dass die Kapitalanlagegesellschaft selbst Kontoinhaber sein muss (weil sie im eigenen Namen, wenn auch für Rechnung des Sondervermögens handelt), sollte klargestellt werden, dass die Kapitalanlagegesellschaft für im Ausland lagernde Wertpapiere auch Kontoinhaber sein kann, wenn sichergestellt ist, dass zu Gunsten der Depotbank ein Sperrvermerk eingerichtet ist. Dies ergibt sich aus dem derzeitigen Entwurf nicht, sollte aber zur Rechtssicherheit ausdrücklich klargestellt werden.

Wir schlagen daher vor, den letzten Satz wie folgt zu ergänzen:

„... die bei dem ausländischen Verwahrer geführten Konten/Depots hat **oder die Kapitalanlagegesellschaft selbst Kontoinhaber ist.**“

2. Wir regen an, diesen Abschnitt um eine zusätzliche Kontrollpflicht der Depotbank zu ergänzen, dass Anweisungen der Kapitalanlagegesellschaft (z. B. Weiterleitung von Lieferanweisungen für Wertpapiergeschäfte) ordnungsgemäß ausgeführt werden. Für verspätete oder fehlerhafte Weiterleitung bzw. Durchführung träge die Depotbank dann insoweit die Haftung. Andernfalls entstünde die aus unserer Sicht unbefriedigende Situation, dass sich die Depotbank allein durch eine sorgfältige Auswahl des Drittverwahrers für von diesem verursachte Schäden gewissermaßen „enthaften“ könnte.

Seite 11 Abschnitt V.:

Bei den Ausführungen in diesem Abschnitt drängt sich der Eindruck auf, dass jede Depotbank stets von der Möglichkeit der vertraglichen Haftungsbegrenzung des § 3 Abs. 2 DepotG Gebrauch macht. Dies ist jedoch in der Praxis nicht der Fall. Die Depotbank macht vielmehr nur dann von dieser Haftungsbegrenzung Gebrauch, wenn die Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte als Allgemeine Geschäftsbedingungen einbezogen werden. Dies ist keinesfalls regelmäßig der Fall.

§ 3 Abs. 2 Satz 1 DepotG geht von der Regel aus, dass die Depotbank für einen Drittverwahrer haftet wie für eigenes Verschulden. Diese Haftung kann mit Ausnahme des Auswahl- und Überwachungsverschuldens vertraglich erlassen werden. Sollte daher grundsätzlich an einer Feststellung zur Haftung der Depotbank festgehalten werden, müsste Ausgangspunkt einer solchen Regelung der Hinweis sein, dass Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft eine von § 3 Abs. 2 Satz 2 DepotG abweichende - nämlich die Haftung der Depotbank auf das Auswahl- und Überwachungsverschulden begrenzende - Vereinbarung treffen können.

Wir schlagen daher vor, die ersten beiden Absätze in Abschnitt V. wie folgt zu fassen:

„Das InvG enthält keine ausdrückliche Haftungsbestimmung. Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 DepotG haftet ein Verwahrer, der Wertpapiere von einem anderen Verwahrer verwahren lässt (Zwischenverwahrer) für ein Verschulden des Drittverwahrers wie für eigenes Verschulden. Dies gilt auch im Verhältnis zwischen Depotbank und Kapitalanlagegesellschaft, soweit nicht die Haftung der Depotbank für ein Verschulden des Drittverwahrers im Depotbankvertrag hiervon abweichend geregelt wird, wobei die Haftung nicht auf einen geringeren Haftungsmaßstab, als den des Auswahl- und Überwachungsverschuldens gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 DepotG begrenzt werden kann.

Eine Haftungsbeschränkung gilt nur, soweit dies im Einzelfall vereinbart wird. Eine solche Vereinbarung findet sich z. B. in Nr. 19 der Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte:“

Folgerichtig sollte im letzten Absatz auf Seite 11 statt des Wortes „soll“ das Wort „kann“ benutzt werden.

Seite 12 Abschnitt VI. erster Absatz:

Der Entwurf des Rundschreibens geht davon aus, dass eine sorgfältige Auswahl des Drittverwahrers bereits dann vorliegt, sofern ein konzessioniertes inländisches Kreditinstitut beauftragt wird, das der Aufsicht der BaFin unterliegt. Eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn der Depotbank positive Informationen vorliegen, die auf etwaige organisatorische oder finanzielle Missstände hinweisen.

Diese Überwachungserleichterung erscheint fraglich. Die Depotbank ist im Verhältnis zu der Kapitalanlagegesellschaft und den Anlegern diejenige Vertragspartei, die als einzige eine Überwachungsfunktion gegenüber einem Drittverwahrer wahrnehmen kann und dabei für ihre Fehleinschätzung haftet. Im Interesse des Anlegerschutzes muss sie daher mindestens auch in die Verantwortung genommen werden, wenn sie bei sorgfältiger Auswahl des Unterverwahrers hätte feststellen können, dass dieser nicht zuverlässig ist und nicht erst, wenn ihr diese Informationen positiv vorliegen. Sofern die Parteien keine Begrenzung auf das Auswahl- und Überwachungsverschulden vereinbart haben, haftet die Depotbank darüber hinaus für jegliches Verschulden des Drittverwahrers (siehe Anmerkungen zu Abschnitt V.).

Wir regen daher an, den ersten Absatz komplett zu streichen, da er eine ungerechtfertigte Haftungserleichterung für Depotbanken enthält. Ansonsten wären hiermit zahlreiche zivilrechtliche Folgefragen verbunden. Es stellt sich dann z. B. die Frage, ob sich die Depotbank exkulpieren könnte, weil die Aufsicht organisatorische Mängel oder finanzielle Missstände möglicherweise nicht rechtzeitig erkannt hat.

Sollte eine komplette Streichung nicht in Betracht kommen, schlagen wir hilfsweise vor, Absatz 1 wie folgt zu fassen:

„Wird gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 InvG ein konzessioniertes inländisches Kreditinstitut oder eine Wertpapiersammelbank im Sinne des § 1 Abs. 3 DepotG mit der Drittverwahrung beauftragt, kann grundsätzlich von einer sorgfältigen Auswahl ausgegangen werden. Dies gilt nicht, wenn sie bei sorgfältiger Auswahl des Drittverwahrers hätte erkennen können, dass bei diesem organisatorische oder finanzielle Missstände vorliegen.“

Seite 13 Abschnitt VI. vierter Absatz:

Der Entwurf führt aus, dass die Depotbank sorgfältig handelt, wenn die ausgewählte ausländische Verwahrstelle der eigenen Institutsgruppe angehört.

Damit ist aber nicht zwangsläufig sichergestellt, dass die Depotbank für die Verwahrstelle voll haftet. Das Verständnis der Bankenseite von Ziffer 19.2 der Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte ist nach unseren Informationen, dass die volle Haftung nur für eigene Zweigstellen nicht begrenzt werden kann. Beispiel: Depotbank GmbH in D benutzt die Zweigniederlassungen oder andere Gesellschaften der Muttergesellschaft Depotbank Limited in London weltweit für die Unterverwahrung. Ziffer 19.2 der Sonderbedingungen wird vereinbart. Dies wäre gemäß den Ausführungen im Entwurf für eine sorgfältige Auswahl ausreichend, aber nicht zu einer vollen Haftung für diese konzerneigenen Unterverwahrer.

Das wäre nicht sachgerecht und würde auch nicht mit den übrigen Entwurfsausführungen zur Haftung und zur sorgfältigen Auswahl korrespondieren. Denn unser Verständnis ist, dass nach Einschätzung der BaFin die Depotbank bei Einschaltung von konzerneigenen Drittverwahrern (unabhängig davon, ob Zweigstelle oder eigenständige Gesellschaft,) stets voll haftet. Notwendig erscheint daher eine zusätzliche explizite Feststellung, wonach sich die Depotbank über die Einschaltung konzerninterner Gesellschaften nicht aus der Erfüllungsgehilfenhaftung befreien kann.

Seite 15 Abschnitt VII. 3. a) (1) zweiter Absatz:

Wir regen an, dass die Depotbank die Marktgerechtheit der Bedingungen von Krediten von Drittbanken nicht zwingend durch die Einholung von Vergleichsangeboten prüfen muss. Vielmehr sollte es auch ausreichend sein, dass die Depotbank durch interne Mechanismen eine Überprüfung der Marktgerechtheit sicherstellt. Auf die gleiche Weise würde auch die Marktgerechtheit eines Kredites der Depotbank an die Kapitalanlagegesellschaft gewährleistet. Üblicherweise verfügen Kreditinstitute über interne Kreditvergabeverfahren, die eine Marktgerechtheit der Konditionen sicherstellen. Vor diesem Hintergrund fordert die BaFin im Entwurf ja auch bei Krediten der Depotbank nur die marktgerechte Ausgestaltung der Kreditbedingungen.

Seite 15 Abschnitt VII. 3. a) (1) letzter Absatz:

Bei einem Kontokorrent kann nicht nur das Merkmal der Kurzfristigkeit, sondern auch die 10%-Grenze erst im Nachhinein geprüft werden.

Wir schlagen daher vor, wie folgt zu formulieren:

„... kann das Merkmal der Kurzfristigkeit **sowie die Kreditaufnahmegrenze von 10% des Sondervermögens** erst nach der Aufnahme des Kredits im Rahmen einer laufenden Ex-Post-Kontrolle überprüft werden.“

Seite 16 Abschnitt VII. 3. a) (2) zweiter Absatz:

Die Festlegung, dass die „Vereinbarkeit der Kreditaufnahme mit einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung“ anhand deren Auswirkungen auf die Ertrags- und Aufwandsrechnung zu beurteilen ist, beachtet nicht sämtliche Aspekte der Prüfung. Die Vereinbarkeit mit der ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung kann sich auch aufgrund von Tatsachen ergeben, die nicht in der Ertrags- und Aufwandsrechnung dokumentiert werden, z.B. der Ersparnis von Fremdwährungsabsicherungskosten oder der Reduzierung von Steuerlasten im Ausland. Schließlich kann der wirtschaftlich beabsichtigte Effekt auch erst längere Zeit nach Abschluss des Kreditvertrages eintreten, z.B. wenn das Objekt im Jahr nach Ankauf wegen mietfreien Zeiten noch wenig rentiert, zugleich auf die Sicherung langfristig günstiger Darlehensbedingungen bei Erwerb nicht verzichtet werden soll.

Außerdem steht der weite Beurteilungsspielraum bezüglich der Ordnungsmäßigkeit der Kapitalanlagegesellschaft zu, nicht der Depotbank. Dies sollte sich in der Formulierung widerspiegeln.

Wir regen daher an, Abs. 2 Satz 3 wie folgt zu formulieren:

„Die Vereinbarkeit der Kreditaufnahme mit einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung **sollte zumindest mittelfristig beurteilt werden, wobei sämtliche Aspekte auf Portfolioebene zu berücksichtigen sind und die Depotbank der Kapitalanlagegesellschaft einen weitreichenden Beurteilungsspielraum zuzugestehen hat.**“

Seite 16 Abschnitt VII. 3. a) (2) dritter Absatz:

Die Überprüfung der zweckmäßigen Verwendung der Mittel aus Darlehen steht in einem gewissen Widerspruch zu der Feststellung, dass die Depotbank nicht die Zweckmäßigkeit des Geschäfts zu überprüfen hat (s. Seite 13). Die Absicht, die die Kapitalanlagegesellschaft mit einer Kreditaufnahme verfolgt, ist ein Tatbestandsmerkmal, das die Depotbank nicht überprüfen kann. Insbesondere lässt sich die zweckmäßige Verwendung ex-post nur begrenzt nachprüfen, da es sich bei Geld um eine Gattungssache handelt und es nicht ausgeschlossen ist, dass per Saldo Mittelrückgaben auf der einen Seite zu bedienen sind und eine Immobilienfinanzierung auf der anderen Seite abgeschlossen oder verlängert wird.

Wir schlagen daher vor, Absatz 3 wie folgt zu fassen:

„Hingegen kann erst nach der Aufnahme des Kredits (ex-post) festgestellt werden, ob er entgegen § 80a InvG zur Bedienung von Anteilrückgaben eingesetzt wurde. Die Depotbank nimmt jedoch bezüglich der Kreditverwendung keine Zweckmäßigkeitskontrolle vor.“

Seite 16 Abschnitt VII. 3. b) erster Absatz:

Die Ausführungen könnten so verstanden werden, dass sich die Depotbank für jede einzelne Überweisung von einem anderen Institut bestätigen lassen soll, dass es sich um ein Sperrkonto handelt. Dies würde zu einem unangemessen hohen administrativen Aufwand führen und eine frist-/valutengerechte Ausführung ggf. gefährden. Außerdem könnte diese Verfahrensweise in Anbetracht hoher Beträge ggf. zu nicht unerheblichen Zinsverlusten führen.

Wir regen daher die Feststellung an, dass eine einmalige Bestätigung des Bestehens des/der Sperrkonten des Kreditinstitutes ausreicht.

Seite 17 Abschnitt VII. 3. (2) c):

Die gewählte Formulierung „die Gegenleistung den vom Sachverständigenausschuss ermittelten Wert nicht unterschreitet“, ist zu eng. Damit werden folgende Sachverhalte nicht erfasst: Paketverkauf, Verkauf nach altem

Recht („nicht wesentlich unterschreitet“) und Verkauf zu angemessenen Bedingungen nach § 81 InvG.

Wir regen eine entsprechende Ergänzung an.

Seite 17 Abschnitt VII. 3. (2) d):

Bei der Prüfung der Belastungsgrenze aus § 82 Abs. 3 InvG sollte - ebenso wie bei der Veräußerung einer Immobilie oder einer Beteiligung - auf die Wertverhältnisse zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts abgestellt werden. Alles andere wäre wenig sinnvoll, da die Depotbank die Zulässigkeit von Belastungen ex ante prüfen soll.

Seite 18 Abschnitt VIII. erster Absatz:

1. Der Entwurf führt aus, dass die Kapitalanlagegesellschaft nicht ohne sachliche Gründe einer Depotbank den Zugriff auf die EDV-Systeme gewähren, einer anderen ihn jedoch verweigern darf.

Es sollte klargestellt werden, dass im Falle der Zusammenarbeit mit einer konzernzugehörigen Depotbank A die Konzernzugehörigkeit als „sachlicher Grund“ anzusehen ist, Depotbank A Zugriff auf die EDV-Systeme der Kapitalanlagegesellschaft zu gewähren und der konzernfremden Depotbank B nicht. Ferner könnte beispielhaft näher ausgeführt werden, welche weiteren „sachlichen Gründe“ als akzeptabel angesehen werden.

2. Am Ende des Absatzes sollte der Teilsatz „.....des bei der Depotbank verwalteten Sondervermögens haben.“ durch „.....des bei der Depotbank **verwahrten** Sondervermögens haben.“ ersetzt werden, da die Depotbank die Sondervermögen nicht verwaltet, sondern verwahrt.

Seite 18 Abschnitt VIII. zweiter Absatz:

Der Entwurf des Rundschreibens führt hier aus, dass die „folgenden Ausführungen“ ohne Differenzierung sowohl für Publikums- als auch für Spezialfonds gelten. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwieweit die vorangegangenen Ausführungen in irgendeiner Weise differenzieren.

Generell regen wir dringend an, eine teleologische Reduktion im Hinblick auf die erforderlichen Kontrollpflichten von Spezialfonds vorzunehmen. Spezialfondsanleger sind nicht im gleichen Umfang schutzbedürftig wie private Anleger. Insofern ist eine abgestufte Kontrolltiefe zwischen Publikumsfonds und Spezialfonds sachgerecht, zumal bei Spezialfonds auch von gesetzlichen Anlagegrenzen einvernehmlich abgewichen werden darf. Diese abgestuften Pflichten gelten insbesondere auch für die in Abschnitt VIII 1. e) geregelten Inhalte des Depotbankvertrags.

Seite 20 Abschnitt VIII. 1. b):

Der Entwurf führt aus, dass Empfehlungen des Anlageausschusses bei Spezialfonds Bestandteil von Vertragsbedingungen würden, wenn sie sowohl von der Kapitalanlagegesellschaft als auch von den Anlegern schriftlich niedergelegt werden. Die Fondsverwaltung liegt grundsätzlich im Ermessen der Kapitalanlagegesellschaft. Der Anlageausschuss ist ein Gremium, das Mehrheitsbeschlüsse fasst. Bei der Beschlussfassung im Anlageausschuss kann die Kapitalanlagegesellschaft ohne Weiteres überstimmt werden, da in der Regel der Anleger die Mehrheit der Stimmen besitzt. Eine abschließende Verbindlichkeit für das Fondsmanagement sollte daher nur gegeben sein, wenn der Anleger und die Kapitalanlagegesellschaft eine entsprechende Änderung der Vertragsbedingungen vornehmen.

Seite 20 Abschnitt VIII. 1. c):

Der Entwurf stellt klar, dass die Depotbank nicht verpflichtet sein soll, die Risikomessung nach dem qualifizierten Ansatz anhand eines eigenen Modells oder mit dem Modell der Kapitalanlagegesellschaft nochmals zu prüfen.

Wir regen eine zusätzliche Klarstellung der bisherigen Verwaltungspraxis an, dass die Depotbank auch nicht verpflichtet ist, die Angemessenheit des Risikomesssystems der Kapitalanlagegesellschaft zu beurteilen. In der Vergangenheit hat gerade dieser Punkt immer wieder zu Diskussionen mit Prüfern geführt, sodass eine Klärung sinnvoll wäre, zumal unter Ziffer 4. auch schon klargestellt wird, dass die 200% Grenze des § 51 Absatz 2 InvG von der Depotbank nicht zu prüfen sei.

In diesem Zusammenhang regen wir eine Überprüfung an, ob sich für die Depotbank zusätzliche Kontrollpflichten aus der DerivateV ergeben. Dies war uns angesichts der äußerst knappen Stellungnahmefrist nicht möglich.

Seite 23 Abschnitt VIII. 2.:

Es sollte ergänzend klargestellt werden, dass die Depotbank, soweit sie die Ermittlung des Anteilpreises kontrolliert, das Ergebnis der Kontrolle der Kapitalanlagegesellschaft zeitnah mitteilt, damit etwaige Reklamationen der Depotbank bezüglich des Anteilpreises (insbesondere bei Publikumsfonds) nicht erst nach Veröffentlichung der Anteilpreise erfolgen. Zumindest sollte die Reklamation vor der auf die fehlerhafte Anteilpreisermittlung folgenden Preisermittlung erfolgen. Bei Publikumsfonds sollte die Reklamation gleichzeitig erfolgen. Ansonsten sind Folgefehler und erhöhter Aufwand bei der Korrektur zu erwarten. In § 27 Abs. 1 InvG wird zwar nicht auf eine zeitliche Vorgabe der Umsetzung der Kontrollpflichten durch die Depotbanken eingegangen, aber im Hinblick auf die grundsätzlich tägliche Anteilwertermittlung ist eine solche ohnehin üblicherweise täglich vorzunehmen.

Außerdem sollte verdeutlicht werden, dass es in der InvRBV auch Bewertungsregeln gibt, von denen im Spezialfondsbereich mit Zustimmung des Anlegers abgewichen werden kann. Wenn nur § 36 InvG konkretisiert würde, wäre der gesamte Bewertungsteil der Verordnung bindend. Dieser Eindruck sollte vermieden werden.

Wir schlagen daher vor, wie folgt zu formulieren:

„Nach § 27 Absatz 1 Nr. 1 InvG hat die Depotbank die Pflicht, die Berechnung des Wertes der Anteile nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften und Vertragsbedingungen zu überwachen **und das Ergebnis der Überwachung der Fondsgesellschaft zeitnah mitzuteilen**. Dabei hat die Ermittlung des Wertes den in § 36 InvG vorgeschriebenen Regeln sowie den Vorschriften im 3. Abschnitt der Investment-Rechnungslegungs- und Bewertungsverordnung (InvRBV) vom 16. Dezember 2009, die die Vorgaben des § 36 InvG und **die speziellen Bewertungsregeln für Immobilienfonds konkretisieren**, zu entsprechen. Hinsichtlich der technischen Umsetzung der Anteilwertermittlung gelten die Ausführungen unter VIII. 4. a) entsprechend.“

Seite 23 Abschnitt VIII. 3.:

1. Wir gehen davon aus, dass Sie den Collateral Manager nicht als Unterverwahrer der Depotbank ansehen.

Natürlich sollte es der Kapitalanlagegesellschaft unbenommen bleiben, dennoch eine andere Ausgestaltung zu wählen. Für diesen Fall bitten wir um ergänzende Ausführungen, ob der die Sicherheitenpapiere verwahrende Collateral Manager dann die Vorgaben aus Abschnitt "IV. Drittverwahrung" erfüllen muss.

2. Bei den derzeit in der Praxis existierenden Modellen liefert die Depotbank die verliehenen Wertpapiere nicht an den Collateral Manager, sondern im Auftrag der Kapitalanlagegesellschaft direkt an den jeweiligen Kontrahenten. Es erscheint aber denkbar, dass zukünftig Modelle angeboten werden, bei denen auch insoweit ein Collateral Manager tätig wird. Um zukünftigen Modellen Rechnung tragen zu können, schlagen wir vor, die Wendung „und auf die jeweiligen Konten bei dem Collateral Manager zu übertragen“ zu streichen.

3. Statt eines zwingenden elektronischen Zugangs der Depotbank zu den jeweiligen Sicherheiten-Konten des Collateral Managers sollte es ausreichend sein, dass die Depotbank täglich Reports über die je Fonds bestehenden Sicherheiten erhält. Collateral Manager haben in der Praxis Schwierigkeiten, für eine Vielzahl von Mandanten systemseitige Leserechte zu etablieren.

Seite 26 Abschnitt VIII. 4. a) (1):

1. Wir regen an, dass eine bereits erfolgte Prüfung der Funktionalität des Anlagegrenzprüfungssystems durch den Wirtschaftsprüfer der Kapitalanlagegesellschaft im Rahmen der Prüfung von Sondervermögen, für die die Depotbank ebenfalls die Depotbankfunktion ausübt, ebenfalls als Prüfungsnachweis gilt. Dies vermeidet Mehrkosten. Ein Zusatznutzen einer erneuten Prüfung mit „neuen“ Stichproben ist nicht erkennbar.

2. Die Vorgaben der Spiegelstriche 3 bis 5 sind aus folgenden Gründen nicht praktikabel:

1. Dritter Spiegelstrich: Eine Abstimmung mit einer potentiellen Vielzahl von Depotbanken erfordert einen hohen Aufwand. Dies könnte auch ein sachlicher Grund für eine Beschränkung des Systemzugriffs für eine/wenige Depotbank(en) sein. Wir regen daher an, diese Vorgabe als Mitteilungspflicht auszugestalten.

Hilfsweise wäre eine klarstellende Ergänzung vorzunehmen, wonach die Depotbank die Zustimmung nur aus wichtigem Grund versagen darf, z. B. wenn durch die vorgesehene Änderung die Stabilität des Programms gefährdet würde. Denn die Depotbank soll nur insoweit auf die Ausgestaltung des Anlagegrenzprüfungssystems der Kapitalanlagegesellschaft Einfluss im Sinne eines Abstimmungserfordernisses nehmen können, wie objektive Gründe dies erforderlich machen.

3. Vierter Spiegelstrich: Die Mitteilungspflicht in Bezug auf Änderungen, die die Datenqualität betreffen, sollte auf „wesentliche“ Änderungen beschränkt werden. Wenn gemäß drittem Spiegelstrich nur „wesentliche“ Änderungen im Programm eine Abstimmungspflicht auslösen, kann für Änderungen der Datenqualität und -quantität konsequenterweise nichts anderes gelten.

4. Fünfter Spiegelstrich: Im Modell 1 nutzen zwar Kapitalanlagegesellschaften und Depotbanken in der Praxis ein und dasselbe IT-System für die Anlagegrenzprüfung. Zusätzlich notwendige manuelle Prozesse sind jedoch nicht zwingend zentralisiert. Wie die manuellen Prozesse ausgestaltet werden, müssen Kapitalanlagegesellschaft und Depotbank jeweils für ihre eigene Seite autonom definieren. Insofern besteht - entgegen der Annahme im Entwurf - keinerlei Abstimmungsbedarf.

Wir regen daher an, diese Vorgabe ersatzlos zu streichen.

Seite 27 Abschnitt VIII. 4. a) (2):

Gemäß Satz 2 darf sich die Depotbank statt des Anlagegrenzprüfungssystems eines anderen Systems bedienen. Nach unserem Verständnis kann die Depotbank auch statt des Fondsbuchhaltungssystems auf ein anderes System zurückgreifen. Dies würde die Flexibilität der Depotbanken bei gleichbleibender Kontrollqualität erhöhen.

Wir regen daher folgende Formulierung an:

„Alternativ greift sie statt des eigenen Fondsbuchhaltungs- oder Anlagegrenzprüfungssystems auf ein anderes geeignetes System zu, welches ihr eine Überprüfung der Anlagegrenzen ermöglicht.“

Zumindest sollte festgestellt werden, dass die Zulieferung von Informationen aus dem Fondsbuchhaltungssystem der Kapitalanlagegesellschaft an die Depotbank als Grundlage für die Anlagegrenzprüfung der Depotbank erfolgen darf. Dies dürfte zwar aus den Ausführungen unter VIII 4. a) erster Absatz folgen, eine ausdrückliche Klarstellung wäre allerdings wünschenswert.

Seite 28 Abschnitt VIII. 4. b):

1. In Satz 1 ist der Begriff „täglicher“ durch „bewertungstäglicher“, beim ersten Spiegelstrich das Wort „Börsentägliche“ durch „Bewertungstägliche“ zu ersetzen. Denn nach § 95 Abs. 4 Satz 1 InvG muss ein Spezialfonds keine börsentägliche Bewertung durchführen; üblich ist eine wöchentliche Bewertung. Die Forderung nach börsentäglicher Anlagegrenzprüfung auch bei Spezialfonds würde die in § 95 Abs. 4 Satz 1 InvG ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit einer geringeren Bewertungsfrequenz unzulässig konterkarieren. Denn die im Entwurf geforderte (börsen-)tägliche Anlagegrenzprüfung ist ohne ebenfalls börsentägliche Bewertung gar nicht möglich. Eine Umstellung der Spezialfonds auf börsentägliche Bewertung würde immense Kosten auslösen.

2. Dritter Spiegelstrich: Hier ist zwischen aktiven und passiven Grenzverletzung zu unterscheiden, da eine solche Vorgehensweise für alle Anlagegrenzverletzungen nicht praktikabel ist, und zu einem enormen Aufwand führen würde. Spiegelstrich drei sollte sich nur auf aktive Grenzverletzungen beziehen und/oder solche, die über einen längeren Zeitraum bestehen.

Seite 29 Abschnitt VIII. 5.:

Bezüglich der Abgrenzung von Anlagegrenzen zu Anlagegrundsätzen wären konkretere Definitionen wünschenswert, um der Praxis eine brauchbare Hilfe an die Hand zu geben. Gerne reichen wir Ihnen hierfür entsprechende Vorschläge nach.

Seite 30 Abschnitt VIII. 6. a):

Die Kontrollpflichten hinsichtlich der Verwaltungsvergütung sollten differenzierter betrachtet werden. Die Depotbank müsste nach den aktuellen Vorgaben z. B. bei der erfolgsabhängigen Verwaltungsvergütung die Performance des Fonds errechnen und gegen die Benchmark abgleichen. Das wäre sehr aufwendig und nur unter Aufsetzung umfangreicher EDV möglich. Die erfolgsabhängige Verwaltungsvergütung (sog. Performance-Fee) sollte daher nicht in der gleichen Genauigkeit zu überprüfen sein, wie eine nicht erfolgsabhängige Verwaltungsgebühr. Vielmehr sollte eine Plausibilisierung durch die Depotbank und/oder den Wirtschaftsprüfer ausreichen.

Seite 31 Abschnitt VIII. 6. b):

Die Pflicht zur Überprüfung der von der Kapitalanlagegesellschaft vorgelegten Rechnungen auf sachliche und rechnerische Richtigkeit ist zu weitgehend. Dem Wortlaut nach müssten auch solche Fälle erfasst werden, wenn z. B. bei einer Fondsimmoblie der Aufzug repariert wurde und die Kapitalanlagegesellschaft die Rechnung des Monteurs vorlegt. Soll dann die Depotbank prüfen, ob der Aufzug wirklich defekt war, ob er repariert wurde und ob der Monteur die richtige Zahl an Arbeitsstunden berechnet hat? Wir regen an, die Feststellungen näher zu konkretisieren.

Seite 32 Abschnitt IX.:

Eine Anwendung der MA-Risk für Institute auf Kapitalanlagegesellschaften im Fall des Modells 1 führt ggf. zu einer Doppelanwendung von MA-Risk für Institute und MA-Risk für Investmentgesellschaften auf ein Anlagegrenzsystem. Dies halten wir nicht für sachgerecht. Deshalb sollte in diesen Fällen nicht von einer Auslagerung ausgegangen werden.

Seite 32 Abschnitt XI.:

Wünschenswert wäre generell eine genauere Erläuterung des Begriffs „Regelverstoß“. Aus unserer Sicht läge z. B. kein Regelverstoß vor, wenn es sich lediglich um eine passive Grenzverletzung handeln würde.

Seite 33 Abschnitt XII. zweiter Absatz:

1. Grundsätzlich ist anzumerken, dass es nicht sachgerecht ist, die Anforderungen an den Inhalt des Depotbankvertrages von OGAW-Fonds auch auf Spezialfonds zu erstrecken. Spezialfonds sollten daher ausdrücklich von diesen Vorgaben ausgenommen werden.

2. Soweit vorgesehen ist, im Depotbankvertrag regeln zu müssen, was die Depotbank im Rahmen ihrer Depotbankfunktionen nicht leisten kann, halten wir dies für unpraktikabel. Dies würde prinzipiell zu einer beliebig langen Liste führen. Die Vorgabe ist daher zu streichen.

3. Wir schlagen vor, Abs. 2 Satz 1 wie folgt zu formulieren:

„Weiterhin sollte sichergestellt sein, dass die Kapitalanlagegesellschaft mit Ihren Anlegern nur solche vertraglichen Änderungsvereinbarungen trifft, die **in den Rahmen der mit der Depotbank im Depotbankvertrag festgelegten Dienstleistungen fällt**“.

Zur näheren Erläuterungen verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Abschnitt VIII, Ziffer 1, e).

Berücksichtigung der Inv MA-Risk:

Der aktuelle Entwurf der Inv MA-Risk sieht unter Ziffer 4.4.1 (Risk Management Policy) vor, dass die Kapitalanlagegesellschaft Risiken aus der Verwahrung von Wertpapieren, die von der Depotbank offen gelegt wurden oder der Kapitalanlagegesellschaft durch andere Weise kenntlich gemacht wurden, im Rahmen der Anlagetätigkeit und der Portfoliosteuerung zu berücksichtigen hat. Damit die Kapitalanlagegesellschaft diese Vorgabe erfüllen kann, muss daher ein entsprechender Informationsprozess vorgesehen werden. Dies konnten wir dem derzeitigen Inhalt des Rundschreibens nicht entnehmen. Dieser Punkt sollte in der Überarbeitung des Entwurfs berücksichtigt werden.

Mit freundlichen Grüßen

BVI Bundesverband Investment und Asset Management e.V.

gez. Rudolf Siebel, LL.M

gez. Alexander Kestler