

Konsultation 3/2015

Entwurf eines Rundschreibens zu den Aufgaben und Pflichten der Verwahrstelle nach Kapitel 1 Abschnitt 3 des Kapitalanlagegesetzbuches

1. Einführung

Die Verwahrstelle nimmt zum Schutze der Anleger eine besondere Rolle im Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) ein. Während die Kapitalverwaltungsgesellschaft in erster Linie die Entscheidung trifft, wie das Fondsvermögen angelegt wird, weist das KAGB bestimmte Aufgaben der technischen Abwicklung, die Verwahrung des Investmentvermögens sowie verschiedene Kontrollfunktionen der Verwahrstelle zu.

Die Verwahrstelle hat aufsichtsrechtlich eine herausragende Bedeutung, da sie im Vergleich zum Abschlussprüfer und zur Aufsicht durch die BaFin sowohl zeitlich als auch sachlich die nächste Kontrollinstanz der Kapitalverwaltungsgesellschaft darstellt. Sie hat die Aufgabe, die laufende Tätigkeit der Kapitalverwaltungsgesellschaft in Bezug auf die von ihr verwahrten Investmentvermögen in den aufsichtsrechtlich entscheidenden Details zeitnah zu begleiten, auf Vereinbarkeit mit dem deutschen und europäischen Kapitalanlagerecht sowie mit den vertraglichen Grundlagen des jeweiligen Investmentvermögens zu prüfen und den Bestand der Vermögensgegenstände vor Verlust zu sichern. Schwächen bei der Verwahr- und Kontrollfunktion der Verwahrstellen können durch Intensivierung der Investmentaufsicht nicht ausgeglichen werden und sind daher unter keinen Umständen hinnehmbar, denn es drohen erhebliche Risiken sowohl für die dieser Verwahrstelle anvertrauten Investmentvermögen, als auch für die Standards der Branche insgesamt, wenn dadurch unangemessener Wettbewerbsdruck ausgelöst wird. Den Kapitalverwaltungsgesellschaften und Verwahrstellen obliegt daher bei Schließung des Verwahrstellenvertrages und in der laufenden Geschäftsbeziehung die Verantwortung, für eine diesen hohen Ansprüchen gerecht werdende Ausstattung, Funktionsfähigkeit und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Verwahrstellenfunktion Sorge zu tragen.

Das vorliegende Rundschreiben behandelt ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit den Pflichten der Verwahrstelle nach Kapitel 1 Abschnitt 3 KAGB und Kapitel IV der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 231/2013 der Kommission vom 19. Dezember 2012

zur Ergänzung der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf Ausnahmen, die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit, Verwahrstellen, Hebelfinanzierung, Transparenz und Beaufsichtigung (im Folgenden: Level-2-Verordnung). Es ersetzt das Rundschreiben 6/2010 (WA) zu den Aufgaben und Pflichten der Depotbank nach den §§ 20 ff. InvG (Geschäftszeichen WA 41-Wp-2136-2008/0020) vom 2. Juli 2010. Es ist insofern nicht abschließend, als sich weitere Pflichten oder Konkretisierungen aus anderen Verlautbarungen der BaFin ergeben können. Das Rundschreiben wurde unter Einbeziehung der Vertreter der Verbände, der

Seite 2 | 32

Kapitalverwaltungsgesellschaften, Verwahrstellen und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften erstellt.

Es ist bereits absehbar, dass dieses Rundschreiben in Bezug auf OGAW-Verwahrstellen überarbeitet werden muss, wenn die Richtlinie 2014/91/EG zur Änderung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) im Hinblick auf die Aufgaben der Verwahrstelle, die Vergütungspolitik und Sanktionen (OGAW-V-Richtlinie) in deutsches Recht umgesetzt sein wird. Die voraussichtlichen Änderungen betreffen vor allem die Pflichten bei der Verwahrung von Finanzinstrumenten und sonstigen Vermögensgegenständen, den Schutz für den Fall der Insolvenz des Unterverwahrers und den Ausschluss einer Haftungsbefreiung der Verwahrstelle. Weitere Änderungen können sich aufgrund von Durchführungsmaßnahmen zur OGAW-V-Richtlinie ergeben.

Für Treuhänder als Alternative Verwahrstelle werden über dieses Rundschreiben hinaus spezifische Fragen im Merkblatt zu den Anforderungen an Treuhänder als Verwahrstelle nach § 80 Absatz 3 KAGB (Geschäftszeichen WA 41-Wp 2137-2013/0080) vom 18. Juli 2013 beantwortet.

2. Genehmigung der Verwahrstelle

Die Auswahl und jeder Wechsel einer Verwahrstelle für OGAW oder Publikums-AIF bedarf der Genehmigung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), § 69 Absatz 1 Satz 1 und § 87 KAGB. Die Genehmigung wird nur auf Antrag der Kapitalverwaltungsgesellschaft jeweils für einen bestimmten OGAW oder Publikums-AIF erteilt.

Bei Spezial-AIF muss die Verwahrstelle nach § 22 Abs. 1 Nr. 13 KAGB der BaFin zunächst im Rahmen des Erlaubnisanspruchs der Kapitalverwaltungsgesellschaft und danach aufgrund der Anzeigepflicht nach § 34 Abs. 1 KAGB vor der Bestellung angezeigt werden. Die Voraussetzungen nach Nr. 2.1 bis 2.3 gelten auch für Verwahrstellen von Spezial-AIF.

Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

2.1. Geeignete Einrichtung

2.1.1. Kreditinstitut

Gemäß § 68 Absatz 2 und 3 KAGB kann als Verwahrstelle für inländische **OGAW** nur ein CRR-Kreditinstitut im Sinne des § 1 Abs. 3d des Kreditwesengesetzes (KWG) mit Sitz im Inland, das zum Depotgeschäft zugelassen ist, oder die Zweigniederlassung eines CRR-Kreditinstituts im Sinne des § 53b Absatz 1 Satz 1 KWG beauftragt werden.

Als Verwahrstelle für inländische **AIF** ist nach § 80 Abs. 2 Nummer 1 sowie den Absätzen 6 und 7 KAGB ein CRR-Kreditinstitut mit satzungsmäßigem Sitz im Inland oder mit deutscher Zweigniederlassung geeignet. Dieses muss aber nicht über eine Erlaubnis für

Seite 3 | 32

das Depotgeschäft verfügen, wenn es die mit dem AIFM-Umsetzungsgesetz eingeführte Finanzdienstleistung des eingeschränkten Verwahrgeschäfts erbringen darf.

Nur für Kreditinstitute als OGAW-Verwahrstellen gilt nach § 68 Abs. 5 KAGB, dass sie – unbeschadet darüberhinausgehender Anforderungen nach dem KWG - über ein haftendes Eigenkapital von mindestens fünf Millionen Euro verfügen müssen. Für AIF-Verwahrstellen gelten dagegen über die Anforderungen des KWG hinaus keine besonderen Eigenkapitalanforderungen nach dem KAGB.

2.1.2. Finanzdienstleistungsinstitut

Finanzdienstleistungsinstitute können nach § 80 Abs. 2 Nummer 2 KAGB nur als AIF-Verwahrstellen bestellt werden. Voraussetzung ist gem. § 80 Abs. 7 Satz 2 KAGB, dass sie über die Erlaubnis für das eingeschränkte Verwahrgeschäft nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 12 KWG verfügen.

2.1.3. Treuhänder

Ein Treuhänder kommt nach § 80 Absatz 3 Satz 1 KAGB als Verwahrstelle für geschlossene AIF in Betracht, bei denen die Anleger innerhalb der ersten fünf Jahre nach Tätigkeit der ersten Anlagen keine Rückgaberechte ausüben können. Außerdem muss der geschlossene AIF entweder in seinen Anlagebedingungen auf eine Hauptanlagestrategie festgelegt sein, nach der er in der Regel nicht in verwahrfähige Finanzinstrumente i.S. der Richtlinie 2011/61/EU investiert; verwahrfähige Finanzinstrumente dürfen daher bei diesen Fonds nur in Ausnahmefällen und dann auch nur in – gemessen am Fondsvolumen – geringem Umfang erworben werden. Alternativ kann es sich um einen geschlossenen AIF handeln, dessen Hauptanlagestrategie auf die Investition in Emittenten oder nicht börsennotierte Unternehmen mit dem Ziel der möglichen Kontrollerlangung gerichtet ist; bei diesen Investmentvermögen ist der Erwerb von Finanzinstrumenten in Form von Unternehmensanteilen kein Ausnahmefall.

Lassen die Anlagebedingungen des AIF eine Investition in Finanzinstrumenten – wenn auch nur in geringem Umfang – zu, so muss der Treuhänder sicherstellen, dass die Finanzinstrumente des AIF gemäß § 81 Absatz 1 KAGB auf Depots von entsprechend lizenzierten Kreditinstituten oder bei einer sonstigen nach § 80 Absatz 2 KAGB zulässigen Verwahrstelle verbucht werden. Hierzu muss er vertraglich ein Unterverwahrverhältnis mit einer solchen Stelle begründen. Für die weiteren spezifischen Anforderungen an Treuhänder als Verwahrstelle nach § 80 Absatz 3 KAGB wird auf das Merkblatt vom 18. Juli 2013¹ verwiesen.

¹ http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/WA/mb_130718_treuhaender_verwahrstelle_80-3-kagb.html.

Seite 4 | 32

2.2. Erfahrung der Geschäftsleiter

Nach § 68 Absatz 4 Satz 1 und § 80 Abs. 9 Satz 1 KAGB muss zumindest ein Geschäftsleiter des Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstituts oder des Treuhänders, das/der als Verwahrstelle bestellt werden soll, über die hierfür erforderliche Erfahrung verfügen. Während die Zuverlässigkeit und die fachliche Eignung zur Leitung eines Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstituts bereits Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis nach §§ 32 Absatz 1 Nr. 3, 4 und 33 Absatz 1 Nr. 2, 4 KWG sind, verlangt das KAGB eine darüber hinausgehende fachliche Erfahrung der Geschäftsleiter für die Leitung der Verwahrstellenfunktionen. Insbesondere sollten bezüglich der Vermögensgegenstände, die für einen Fonds erworben werden sollen, und der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der Länder, in denen diese belegen wären, einschlägige juristische und wirtschaftliche Fachkenntnisse vorhanden sein.

Soll die Verantwortung für die Verwahrstellenfunktionen auf zwei oder mehr Geschäftsleiter des Instituts aufgeteilt werden, müssen diese jeweils über die ihrem Zuständigkeitsbereich entsprechend spezifische Erfahrung verfügen; damit muss die Geschäftsleitung insgesamt den qualitativen Anforderungen gerecht werden. Die Frage, ob die Geschäftsleitung über die erforderliche Erfahrung verfügt, entscheidet die BaFin im Einzelfall. Dabei berücksichtigt sie die speziellen Anforderungen an Fachkenntnisse der Geschäftsleiter über die Anlage in die zulässigen Vermögensgegenstände der betroffenen Investmentvermögen sowie über die Abwicklung von Transaktionen und die Verwahrung.

Entsprechendes gilt für den/die Niederlassungsleiter der Zweigniederlassung eines ausländischen Kreditinstituts, das als Verwahrstelle beauftragt wird.

2.3. Organisatorische Vorkehrungen

Gemäß § 68 Absatz 4 Satz 2 und § 80 Abs. 9 Satz 2 KAGB muss das Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut bereit und in der Lage sein, die für die Erfüllung der Verwahrstellenaufgaben erforderlichen organisatorischen Maßnahmen zu treffen. Insbesondere die Personalausstattung, die implementierten Prozesse und die technischen Systeme müssen die ordnungsgemäße Abwicklung der Geschäfte, die sichere Verwahrung des Investmentvermögens und die uneingeschränkte Ausübung aller Kontrollfunktionen nach dem KAGB unter Berücksichtigung der in diesem Rundschreiben aufgestellten Grundsätze gewährleisten.

Die Verwahrstelle muss ausreichend mit Personal ausgestattet sein, das auch unterhalb der Leitungsebene über die notwendige Qualifikation verfügt, um den gesetzlichen Aufgaben jederzeit ordnungsgemäß nachkommen zu können.

Soll die Zweigniederlassung eines ausländischen CRR-Kreditinstituts als Verwahrstelle beauftragt werden und ist vorgesehen, dass einzelne Verwahrstellenaufgaben von einer Haupt- oder Schwesterniederlassung im Ausland wahrgenommen werden, so muss die Kapitalverwaltungsgesellschaft für einen Nachweis der Zweigniederlassung sorgen, dass die organisatorischen Vorkehrungen der ausländischen Niederlassung geeignet sind, die jeweilige Verwahrstellenaufgaben im Einklang mit den Vorschriften des KAGB

wahrzunehmen. Ferner hat eine OGAW-Kapitalverwaltungsgesellschaft in diesen Fällen eine Bestätigung der Zweigniederlassung beizubringen, wonach die in § 68 Absatz 7 Satz 1 KAGB vorgesehene Verwahrstellenprüfung auch die Prüfung der Systeme und organisatorischen Vorkehrungen der ausländischen Niederlassung insoweit umfasst, wie diese – anstelle der Zweigniederlassung – bestimmte Verwahrstellenaufgaben erbringen soll. Der Prüfungsauftrag der Zweigniederlassung zur Verwahrstellenprüfung hat daher auch die für sie in der ausländischen Niederlassung erbrachten Verwahrstellentätigkeiten zu umfassen.

Die Wahrnehmung sämtlicher oder solcher Aufgaben, die für die ordnungsgemäße Erfüllung der OGAW-Verwahrstellenaufgaben maßgeblich sind, durch die Niederlassung im Ausland bedeutete einen Verstoß gegen § 68 Absatz 3 Satz 1 KAGB, wonach die OGAW-Verwahrstelle ihren Sitz im Inland haben muss. Auch § 80 Abs. 6 Satz 1 KAGB ist nach Sinn und Zweck so auszulegen, dass die bloße Existenz einer inländischen Zweigstelle nicht ausreicht, wenn diese nicht auch selbst mit den Kernaufgaben der AIF-Verwahrstellenfunktion betraut ist. So dürfen z. B. das Abwicklungskonto, das Depotkonto² oder das Bestandsverzeichnis über die nicht verwahrfähigen Vermögensgegenstände nicht von der Niederlassung im Ausland geführt werden. Ferner muss die Kontrollfunktion als solche durch die Zweigniederlassung im Inland wahrgenommen werden. Es können lediglich Teilprozesse für die Durchführung der jeweiligen Kontrollaufgabe (z. B. die erforderlichen EDV-Systeme zur Prüfung der Einhaltung der Anlagegrenzen) auch von der im Ausland sitzenden Niederlassung durchgeführt werden (s.u. Nr. 8).

2.4. Genehmigungsverfahren

Der Antrag auf Genehmigung der Auswahl bzw. des Wechsels der Verwahrstelle für OGAW oder Publikums-AIF ist von der Kapitalverwaltungsgesellschaft zu stellen. Die im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vorzulegenden Unterlagen können sowohl von der Kapitalverwaltungsgesellschaft als auch von der Verwahrstelle eingereicht werden.

Insbesondere folgende Unterlagen sind der BaFin vorzulegen:

- Lebensläufe der für die Verwahrstellenfunktionen zuständigen Geschäftsleiter, es sei denn, diese liegen der BaFin bereits vor und sind nicht älter als ein Jahr,
- Geschäftsplan,
- Darstellung der organisatorischen Vorkehrungen einschließlich der personellen Struktur und Ausstattung,
- Verwahrstellenvertrag,
- ggfs. Bestätigung der Zweigniederlassung über die Prüfung nach § 68 Absatz 7 Satz 1 KAGB (siehe Nr. 2.3).

² Unter „Depotkonto“ ist in diesem Fall das bei der Zweigniederlassung zu führende Depotkonto nach § 72 Absatz 1 KAGB zu verstehen; dieses ist im Inland zu führen.

Seite 6 | 32

Die Vorlage dieser Unterlagen kann jedoch entbehrlich sein, wenn das betreffende Institut oder die Zweigniederlassung bereits mit Genehmigung der BaFin als Verwahrstelle für Investmentvermögen der gleichen Art tätig ist.

3. Objektgesellschaften

Investiert die Kapitalverwaltungsgesellschaft für das Investmentvermögen aus Strukturierungsgründen mittelbar über eine Objektgesellschaft in Vermögensgegenstände, sodass die Portfolioverwaltung gemäß Anlagestrategie mittelbar über die Objektgesellschaft ausgeführt wird, so handelt es sich bei der Objektgesellschaft regelmäßig nicht um ein Investmentvermögen. Die Objektgesellschaft verfolgt in diesen Fällen keine eigene Anlagestrategie, sondern dient lediglich als Vehikel zur Umsetzung der Anlagestrategie der Portfolioverwaltung. In diesen Fällen sind die Tätigkeiten der Objektgesellschaft und die von ihr gehaltenen Vermögensgegenstände aus Sicht der Verwahrstelle wie Tätigkeiten und Vermögensgegenstände des Investmentvermögens bzw. der Kapitalverwaltungsgesellschaft anzusehen. Die Rechte und Pflichten der Verwahrstelle, insbesondere die Verwahr- und Kontrollpflichten, erstrecken sich uneingeschränkt auf die Vermögensgegenstände und Tätigkeiten dieser Objektgesellschaften. Betreffend die Verwahrpflichten sehen Art. 89 Abs. 3 und Art. 90 Abs. 5 der Level-2-Verordnung diesen „Look-Through-Ansatz“ für direkt oder indirekt vom AIF oder AIFM kontrollierte Finanz- und Rechtsstrukturen explizit vor. Eine Kontrolle der Zahlungsströme auf Ebene der Objektgesellschaften muss die Verwahrstelle jedoch nicht durchführen. Im Rahmen des Verwahrstellenvertrages ist sicherzustellen, dass die Objektgesellschaften in die Informations- und Kontrollbefugnisse der Verwahrstelle einbezogen und die Kapitalverwaltungsgesellschaften zu entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen mit den Objektgesellschaften verpflichtet werden. Verbriefungszweckgesellschaften, in deren Emissionen ein Investmentvermögen investiert ist, sind nicht als Objektgesellschaften in diesem Sinne anzusehen.

4. Verwahrung

Der Begriff der Verwahrung im Sinne von §§ 72 und 81 KAGB umfasst über den üblichen Sprachgebrauch in Bezug auf verwahrfähige Finanzinstrumente hinaus auch die Überwachung von Bankguthaben und sonstigen sog. nicht verwahrfähigen Vermögensgegenständen. Diese Überwachungstätigkeit ist jedoch zu unterscheiden von den Kontrollaufgaben nach den §§ 75, 76, 83 und 84 KAGB. Der Begriff der Verwahrung wird daher in diesem Rundschreiben im weiten Sinne für die - grds. übertragbaren - Verwahrungsaufgaben in Bezug auf alle Vermögensgegenstände verwandt.

Die Verwahrstelle muss in ihren Prozessen und Dokumentationen stets erkennbar zwischen verwahrfähigen und nicht verwahrfähigen Vermögensgegenständen unterscheiden um die Einhaltung der jeweils geltenden Pflichten sicherzustellen.

Seite 7 | 32

4.1. Verwahrfähige Vermögensgegenstände

4.1.1. OGAW

Die zu OGAW gehörenden verwahrfähigen Vermögensgegenstände, namentlich Wertpapiere und Einlagenzertifikate, hat die Verwahrstelle nach § 72 Absatz 1 KAGB in ein gesperrtes Depot zu legen.

Der Begriff Sperrdepot setzt voraus, dass besondere Einschränkungen für die Verfügungsmacht des Berechtigten bestehen. Es muss sichergestellt sein, dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft nur unter Mitwirkung der Verwahrstellenfunktion des Instituts über das Depot, als dessen Inhaberin sie selbst oder das Investmentvermögen geführt wird, verfügen darf. Die Verwahrstelle hat keine eigene Verfügungsbefugnis und darf über das Sperrdepot nur auf Weisung der Kapitalverwaltungsgesellschaft verfügen. Dies geschieht, indem die Kapitalverwaltungsgesellschaft die Verwahrstelle anweist, auf dem Sperrdepot verwahrte Vermögensgegenstände zum Zweck der Erfüllung einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung auf einen Dritten zu übertragen. Die Verwahrstelle darf diese Anweisung nur unter Einhaltung der Pflicht zur Rechtmäßigkeitskontrolle nach § 83 Abs. 5 KAGB in Verbindung mit Art. 95 Level-2-Verordnung ausführen bzw. im Nachhinein genehmigen. Näheres zur Ausübung dieser Kontrollfunktion s. Nr. 7.1.

Im Zuge der Umsetzung der OGAW-V-Richtlinie wird es zu Änderungen in diesem Abschnitt kommen.

4.1.2. AIF

Die zu einem AIF gehörenden verwahrfähigen Finanzinstrumente³ müssen nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 KAGB von der Verwahrstelle in Verwahrung genommen werden. In Art. 88 Level-2-Verordnung ist der Kreis verwahrpflichtiger Finanzinstrumente näher bestimmt. Sie sind in einem gesonderten Depot zu verbuchen, als dessen Inhaber der AIF, eine Objektgesellschaft oder die Verwaltungsgesellschaft geführt wird. Dabei sind die in § 14a Abs. 3 und 5 der Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung (WpDVerOV) umgesetzten Grundsätze aus Art. 16 der Richtlinie 2006/73/EG sowie die hiermit z.T. deckungsgleichen Anforderungen nach Art. 89 Abs. 1 Level-2-Verordnung zu beachten.

Diese Grundsätze verlangen eine korrekte Buchführung, die jederzeit die zum AIF gehörenden Finanzinstrumente eindeutig identifiziert und von den Vermögenswerten der Verwahrstelle, anderer Investmentvermögen, der Kapitalverwaltungsgesellschaft selbst und sonstigen Dritten abgrenzt. Zudem müssen organisatorische Vorkehrungen getroffen werden, um das Risiko eines Verlusts der Finanzinstrumente zu minimieren. Soweit sie Finanzinstrumente des AIF in Unterverwahrung gegeben, hat muss die Verwahrstelle ihre Bücher mit denen des Unterverwahrers regelmäßig abgleichen und sicherstellen, dass ihre beim Unterverwahrer u.U. ebenfalls verwahrten eigenen Finanzinstrumente sich stets von den dort unterverwahrten Finanzinstrumenten des AIF trennen lassen. Hinzu kommt

³ Für den Begriff des Finanzinstruments gilt der Verweis auf Anhang I Abschnitt C der Richtlinie 2004/39/EG (MiFID).

Seite 8 | 32

nach Art. 89 Abs. 1 Buchstabe e Level-2-Verordnung ein angemessenes Management der Verwahrisiken.

Ein Sperrdepot ist für die Finanzinstrumente eines AIF nicht gesetzlich vorgeschrieben. Jedoch gilt auch hier, dass die Verwahrstelle Anweisungen der Kapitalverwaltungsgesellschaft zur Übertragung von Finanzinstrumenten nur unter Einhaltung der Pflicht zur Rechtmäßigkeitskontrolle nach § 83 Abs. 5 KAGB in Verbindung mit Art. 95 Level-2-Verordnung ausführen bzw. im Nachhinein genehmigen darf.

4.2. Verwahrung der Gelder und Überwachung der Zahlungsströme

Die zu einem **OGAW** gehörenden Bankguthaben sind auf Sperrkonten zu buchen, § 72 Absatz 2 KAGB. Es gilt das unter Nr. 4.1.1 zu Sperrdepots Gesagte entsprechend.

Die zu einem **AIF** gehörenden Geldkonten müssen nicht bei der Verwahrstelle, sondern können bei Kreditinstituten oder anderen nach § 83 Abs. 6 Satz 2 KAGB geeigneten Einrichtung geführt werden. Handelt es sich bei der AIF-Verwahrstelle um ein Finanzdienstleistungsinstitut oder einen Treuhänder, ist die Führung dieser Geldkonten im eigenen Hause ausgeschlossen.

Der AIF-Verwahrstelle obliegt die - je nach Häufigkeit der Kontobewegungen - ggf. tägliche Kontrolle über die Zahlungsströme auf den Konten nach Art. 85 bis 87 Level-2-Verordnung. Dabei muss die Verwahrstelle nach Art. 86 Buchstabe c) der Level-2-Verordnung an jedem Geschäftstag signifikante Zahlungen des vorangegangenen Geschäftstags ermitteln, die mit den gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben für den AIF unvereinbar sein könnten. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft muss ihr den Zugang zu den dafür erforderlichen Informationen zu externen Konten verschaffen. Die Verwahrstelle kann ihre Kontrollprozesse in Bezug auf solche Konten, über die Einzahlungen der Anleger sowie Anlagen oder Desinvestitionen des Investmentvermögens abgewickelt werden, in der Weise organisieren, dass sie für die Einrichtung eines Sperrvermerkes zu ihren Gunsten sorgt, so dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft nur unter Mitwirkung der Verwahrstelle über das Konto verfügen kann. Verfügungen über ein Geldkonto bei der AIF-Verwahrstelle wie auch bei Dritten unterliegen stets der Rechtmäßigkeitskontrolle nach § 83 Abs. 5 KAGB in Verbindung mit Art. 95 Level-2-Verordnung.

4.3. Nicht verwahrfähige Vermögensgegenstände

4.3.1. OGAW

Die Verwahrstelle hat gemäß § 72 Absatz 3 KAGB den Bestand nicht verwahrfähiger Vermögensgegenstände von OGAW laufend zu überwachen.

Zu den nicht verwahrfähigen Vermögensgegenständen gehören insbesondere nicht verbriefte Forderungen, wie Forderungen aus Derivaten, aus Wertpapierdarlehen nach § 200 KAGB aus Pensionsgeschäften nach § 203 KAGB und Schuldscheindarlehen nach § 198 Nr. 4 KAGB. Um die Bestandsüberwachung zu gewährleisten, muss im

Seite 9 | 32

Verwahrstellenvertrag vereinbart werden, dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft die Verwahrstelle unverzüglich und umfassend über jedes dieser Geschäfte informiert. Die Verwahrstelle hat ein Bestandsverzeichnis über die nicht verwahrfähigen Vermögensgegenstände zu führen. Auf der Basis dieser Informationen übt die OGAW-Verwahrstelle ihre Kontrollfunktion auch über nicht verwahrfähige Vermögensgegenstände aus, indem sie bspw. die Freigabe von Geldmitteln verweigert, wenn Erwerbsverbote oder Anlagegrenzen verletzt werden, bzw. eine solche Freigabe im Nachhinein überprüft und ggf. den Eskalationsprozess in Gang setzt.

Im Zuge der Umsetzung der OGAW-V-Richtlinie wird es zu Änderungen in diesem Abschnitt kommen.

4.3.2. AIF

In Bezug auf alle Vermögensgegenstände, die nicht zu den verwahrfähigen Finanzinstrumenten gehören, hat die AIF-Verwahrstelle nach § 81 Abs. 1 Nr. 2 KAGB die Pflicht zur Prüfung, inwieweit der AIF oder die Kapitalverwaltungsgesellschaft Eigentum erworben hat. Dazu gehört auch die Überprüfung etwaiger Rechte Dritter, die an dem Vermögensgegenstand bestehen, bspw. Belastungen eines Grundstücks, auf Übereinstimmung mit dem Erwerbsgeschäft. Betroffen sind neben Geldern u.a. Edelmetalle und Darlehensforderungen, Sachwerte, Unternehmensbeteiligungen und Anteile an geschlossenen AIF.

Anteile an ausländischen **Zielinvestmentvermögen**, die nach ihrem Heimatrecht nur in einem unmittelbar beim Emittenten oder einer von ihm beauftragten Stelle geführten Register einem Eigentümer zugeordnet werden und in dem das verwahrte Investmentvermögen oder die Kapitalverwaltungsgesellschaft für Rechnung des verwahrten Investmentvermögens als Eigentümer eingetragen sind, sind für die Verwahrstelle nicht verwahrfähig.

Für alle nicht verwahrfähigen Vermögensgegenstände führt die Verwahrstelle ein stets aktuelles **Bestandsverzeichnis**. Derivatekontrakte unterliegen der Pflicht zur Eigentumsverifikation und Bestandskontrolle auch dann, wenn sie eine Saldierungsvereinbarung (netting clause) beinhalten.

Weitere Detailregelungen zur **Eigentumsverifikation** finden sich in Art. 90 Level-2-Verordnung. Soweit die Verwahrstelle die Rechtslage nicht selbst hinreichend überprüfen kann, muss sie sich die notwendige Unterstützung qualifizierter und von der Kapitalverwaltungsgesellschaft unabhängiger Dritter einholen. Sie muss ihre Prüfung unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtslage, ggf. ausländischen Rechts, vornehmen. Aus § 81 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b KAGB ergibt sich, dass sie grundsätzlich die Prüfung auf Informationen, Urkunden, Gutachten oder sonstige Unterlagen stützen kann, die ihr von der AIF-Verwaltungsgesellschaft vorgelegt werden. Gem. Art. 92 Abs. 4 Level-2-Verordnung muss die AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft kontinuierlich Zugang zu allen Informationen gewähren, die für die Wahrnehmung der Verwahrstellenfunktionen erforderlich sind. In diesem Zusammenhang muss eine frühzeitige Abstimmung über die geplanten Transaktionen sowie die dafür notwendigen Unterlagen und ggf. die

Seite 10 | 32

vorgesehenen Expertisen Dritter stattfinden, damit unnötiger Zeit- und Kostenaufwand zulasten des AIF bspw. für Zweitgutachten nach Möglichkeit vermieden werden. Soweit die von der Kapitalverwaltungsgesellschaft beigebrachten Unterlagen nicht ausreichen, um die Eigentumslage zur hinreichenden Überzeugung der Verwahrstelle zu belegen, verlangt sie von der Kapitalverwaltungsgesellschaft weitere Unterlagen oder holt ggf. vermittelt eigenständiger Einschaltung Dritter auch externe Nachweise ein.

5. Unterverwahrung

5.1. Bankguthaben

Die Kapitalverwaltungsgesellschaft kann eine **OGAW-Verwahrstelle** anweisen, die zum Vermögen eines OGAW gehörenden Bankguthaben auf gesonderte Sperrkonten bei in- oder ausländischen Kreditinstituten zu übertragen, vgl. § 72 Absatz 2 Satz 2 KAGB. Mit dem Sperrvermerk ist sicherzustellen, dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft über die dort angelegten Guthaben nur mit Zustimmung der Verwahrstelle nach § 75 Abs. 1 Nr. 2 KAGB verfügen kann und eine Vermischung mit fremden Bankguthaben ausgeschlossen ist. Die Übertragung von Bankguthaben auf bei anderen Kreditinstituten geführten Konten setzt nicht die Begründung eines Auslagerungsverhältnisses mit der Verwahrstelle voraus.

Für **AIF-Verwahrstellen**, die von vornherein nicht selbst die Guthabenkonto für AIF führen müssen, gilt ebenfalls, dass die Überwachung der Zahlungsströme nach § 83 Abs. 6 KAGB nicht die Begründung eines Auslagerungsverhältnisses mit dem geldkontoführenden Institut voraussetzt. Da die Überwachung der Zahlungsströme zu den Kontrollfunktionen und damit nicht zu den nach § 81 KAGB auslagerungsfähigen Verwahraufgaben gehört, kommen die Regelungen zur Unterverwahrung bei Bankguthaben von AIF nicht zur Anwendung.

5.2. Finanzinstrumente und sonstige Vermögensgegenstände

Die Voraussetzungen für die Unterverwahrung von Finanzinstrumenten und sonstigen Vermögensgegenständen durch OGAW- und AIF-Verwahrstellen sind in den §§ 73 und 82 KAGB nahezu übereinstimmend geregelt. Die Verwahrstelle darf im eigenen Namen einen Unterverwahrvertrag mit einer nach § 73 Abs. 1 Nr. 4 bzw. § 82 Abs. 1 Nr. 4 KAGB geeigneten Einrichtung schließen. Insbesondere muss es sich beim Unterverwahrer um ein laufend wirksam beaufsichtigtes Unternehmen handeln, dass gesetzlichen Kapitalanforderungen und - wenn auch beschränkt auf den Bestand an Finanzinstrumenten - regelmäßigen Rechnungsprüfungen unterliegt. Diese Voraussetzungen sind innerhalb der EU grundsätzlich nur bei solchen Unternehmen erfüllt, die von der Kapitalverwaltungsgesellschaft für das betreffende Investmentvermögen nach § 68 Abs. 2 bzw. § 80 KAGB – abgesehen von ihrer Belegenheit – selbst als Verwahrstelle bestellt werden könnten. Bei Unterverwahrern in einem Drittstaat müssen diese Voraussetzungen im Einzelfall dargelegt werden. Der

Seite 11 | 32

Einsatz eines Treuhänders im Sinne von § 80 Abs. 3 KAGB als alternative Unterverwahrstelle für bestimmte AIF ist nicht zulässig.

Bei der Unterverwahrung handelt es sich zugleich um eine Drittverwahrung i.S.v. § 3 Absatz 1 Satz 1 DepotG. Die Verwahrstelle hat gegenüber dem Drittverwahrer die Rechtsstellung eines Hinterlegers. Wenn die Kapitalverwaltungsgesellschaft keinen direkten Zugriff auf die Depots bei dem Drittverwahrer hat, müssen diese nicht mit einem Sperrvermerk versehen werden. Ein Sperrvermerk ist dagegen zugunsten der OGAW-Verwahrstelle zu verlangen und zugunsten der AIF-Verwahrstelle als mögliches Mittel der Sicherstellung der Kontrollfunktion anzusehen, wenn die Kapitalverwaltungsgesellschaft unmittelbaren Zugriff auf die bei dem Unterverwahrer geführten Depots hat. Dies lässt sich z.B. bei Unterverwahrung im Ausland nicht vermeiden, wenn die ausländischen Rechtsvorschriften vorsehen, dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft selbst Kontoinhaberin sein muss.

Die Verwahrstelle muss nach § 73 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe c und § 82 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe c KAGB in Verbindung mit Art. 99 Level-2-Verordnung sicherstellen, dass der Unterverwahrer die Vermögensgegenstände des OGAW oder AIF von allen der Verwahrstelle oder dem Unterverwahrer selbst gehörenden Vermögensgegenständen getrennt hält. Eine gemeinsame Verwahrung mit Vermögensgegenständen anderer Kunden in einem Omnibuskonto ist nach vorläufiger Auffassung von ESMA in einem Konsultationspapier⁴ nur insoweit zulässig, als es sich dabei um Vermögensgegenstände von AIF derselben Verwahrstelle handelt; ob auch Vermögensgegenstände von AIF verschiedener Verwahrstellen beim Unterverwahrer auf demselben Omnibuskonto verwahrt werden dürfen, ist derzeit noch nicht entschieden [*zu überarbeiten entsprechend den künftigen ESMA-Leitlinien*]. Eine zivilrechtliche Haftung der Verwahrstelle ist nach § 77 Abs. 1 und § 88 Abs. 1 KAGB iVm Art. 101 Abs. 3 der Level-2-Verordnung vorgesehen, wenn die Vermögenstrennungspflicht durch die Verwahrstelle oder einen Unterverwahrer nicht eingehalten wird.

Bei der Umsetzung dieser Anforderungen muss u.a. gewährleistet werden, dass der Unterverwahrer seine rechtlichen Verpflichtungen in Bezug auf die verwahrten Vermögensgegenstände kennt und Pfand-, Zurückbehaltungs- und ähnliche Rechte nur wegen solcher Forderungen geltend macht, die sich aus der Verwahrung ergeben. Ferner dürfen dem Anspruch der Verwahrstelle auf Auslieferung der Vermögensgegenstände keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Dies kann bspw. durch eine vom Unterverwahrer separat abgegebene sog. **Drei-Punkte-Erklärung** geschehen.

Im Zuge der Umsetzung der OGAW-V-Richtlinie wird es zu Änderungen in diesem Abschnitt kommen, die die Pflichten des Unterverwahrers zum Schutz der Vermögensgegenstände im Fall seiner Insolvenz betreffen.

5.3. Verwahrketten

Sowohl inländischer als auch ausländischer Unterverwahrer können sich nach § 73 Abs. 3 und § 82 Abs. 3 KAGB weiterer Verwahrstellen als Unterverwahrer bedienen (Verwahrketten).

⁴ S. http://www.esma.europa.eu/system/files/2014-1326_cp_-_guidelines_on_aifmd_asset_segregation.pdf.

Seite 12 | 32

Die Verwahrstelle vereinbart in diesen Fällen mit ihrem unmittelbaren Unterverwahrer („Unterverwahrer 1“), dass dieser mit seinem Unterverwahrer („Unterverwahrer 2“) eine vertragliche Vereinbarung trifft, die der unter Punkt 5.2 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 Zustimmung zu weiteren Unterverwahrung gegenüber dem von ihm beauftragten Unterverwahrer 1 erst dann erteilt, wenn sichergestellt ist, dass letzterer seinerseits eine dem Punkt 5.2 entsprechende Vereinbarung auf der nächsten Verwahrstufe abschließt.

Die Verwahrstelle hat dafür zu sorgen, dass ihr Kopien der jeweiligen Vereinbarungen (oder Drei-Punkte-Erklärungen) mit allen eingebundenen Unterverwahrern in der Verwahrkette vorliegen.

Weigert sich ein Unterverwahrer innerhalb der Verwahrkette, derartige Vereinbarungen zu schließen oder die Drei-Punkte-Erklärung abzugeben, und stehen der Verwahrstelle aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen keine anderen Verwahrmöglichkeiten zur Verfügung, hat sie dies nachvollziehbar zu dokumentieren und unverzüglich der Kapitalverwaltungsgesellschaft mitzuteilen. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft berücksichtigt die Tatsache, dass die Vereinbarung nicht vorliegt, im Rahmen ihres Risikomanagements als Teilaspekt eines möglichen Verwahrrisikos.

5.4. Haftung der Verwahrstelle für ein Verschulden des Unterverwahrers

Abweichend vom früheren Investmentgesetz regeln §§ 77 und 88 KAGB jeweils in den Absätzen 3 und 4 nunmehr ausdrücklich, dass die Haftung der Verwahrstelle gegenüber dem AIF und dessen Anlegern für das Abhandenkommen verwahrter Finanzinstrumente und für sämtliche sonstigen Verluste aufgrund fahrlässiger oder vorsätzlicher Verletzungen ihrer gesetzlichen Pflichten auch bei Bestellung eines Unterverwahrers fortbesteht, soweit nicht eine den dort genannten Bedingungen genügende Übertragung der Haftung auf den Unterverwahrer vereinbart wird. Eine darüber hinaus gehende Abbedingung der Haftung durch Vereinbarung mit der Kapitalverwaltungsgesellschaft, wie ehemals im Rahmen der Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte, ist nicht mehr möglich. Nach § 73 Abs. 3 Satz 2 und § 82 Abs. 3 Satz 2 KAGB gilt dies entsprechend auf allen Ebenen in einer Verwahrkette.

Im Zuge der Umsetzung der OGAW-V-Richtlinie wird die Möglichkeit einer Haftungsbefreiung für OGAW-Verwahrstellen voraussichtlich ausgeschlossen.

5.5. Sorgfältige Auswahl des Drittverwahrers und regelmäßige Überwachung

Nach § 73 Abs. 1 Nr. 3 und § 82 Abs. 1 Nr. 3 KAGB muss die Verwahrstelle einen Unterverwahrer sorgfältig auswählen und laufend überwachen. Detailvorgaben hierzu ergeben sich aus Art. 98 Level-2-Verordnung. Wird ein Kreditinstitut mit Sitz in der EU mit der Unterverwahrung beauftragt, kann grundsätzlich von einer sorgfältigen Auswahl ausgegangen werden, da diese Institute ihrerseits umfangreichen aufsichtsrechtlichen

Seite 13 | 32

Regelungen unterstellt sind, die durch die BaFin bzw. die zuständige Heimataufsichtsbehörde überwacht werden. Liegen allerdings der Verwahrstelle Informationen vor, die auf etwaige organisatorische oder finanzielle Missstände dieser Institute schließen lassen, hat sie von einer Beauftragung abzusehen.

Eine sorgfältige Auswahl setzt voraus, dass die Beauftragung des Unterverwahrers nicht mit den sonstigen Bestimmungen des KAGB, die dem Schutz der Anleger dienen, kollidiert. Als Unterverwahrer darf bspw. nach § 36 Abs. 3 Nr. 1 KAGB nicht bestellt werden, wer zugleich die Portfolioverwaltung oder das Risikomanagement des Investmentvermögens eingelagert hat. Weitere Vorgaben zur Vermeidung von Interessenkonflikten ergeben sich aus §§ 70 und 85 KAGB. Um solche Interessenkonflikte zu vermeiden, wird der Kapitalverwaltungsgesellschaft und der Verwahrstelle empfohlen, sich gegenseitig regelmäßig Einzelheiten zu Dritten zu übermitteln, die die Kapitalverwaltungsgesellschaft oder die Verwahrstelle mit der Ausführung ihrer jeweiligen Aufgaben beauftragt haben, und dies im Verwahrstellenvertrag aufzunehmen.⁵

Neben der sorgfältigen Auswahl hat die Verwahrstelle die Einhaltung der Auswahlkriterien regelmäßig zu überwachen.

5.6. Ausnahme für Dienstleistungen von Wertpapierliefer- und Abrechnungssystemen

Ein Unterverwahrverhältnis und die damit einhergehenden speziellen Anforderungen sind im Sinne von § 73 Abs. 5 und § 82 Abs. 5 KAGB ausgeschlossen, soweit es sich um Dienstleistungen handelt, die gerade in der Eigenschaft als Wertpapierliefer- und Abrechnungssystemen erbracht werden. Außerhalb dieses engen sachlichen Anwendungsbereichs der Ausnahmen nach § 73 Abs. 5 und § 82 Abs. 5 KAGB gelten die Pflichten nach dem KAGB uneingeschränkt. Unternehmen, die ein Wertpapierliefer- und Abrechnungssystem betreiben, können die Ausnahme insoweit nicht geltend machen, wie sie Dienstleistungen erbringen, die auch andere Institute im Rahmen des Depotgeschäfts offerieren.

6. Zustimmungspflichtige Geschäfte

Die §§ 75 und 84 KAGB enthalten im ersten Absatz jeweils einen Katalog von Geschäften, die eine Kapitalverwaltungsgesellschaft nur mit Zustimmung der Verwahrstelle durchführen darf. Eine solche Zustimmungspflicht gilt nicht bei Spezial-AIF. Die Zustimmung kann konkludent erteilt werden, z.B. durch Ausführung einer Überweisung. Die Verwahrstelle hat ihre Zustimmung zu erteilen, wenn die Geschäfte den gesetzlichen Anforderungen entsprechen und mit den Anlagebedingungen übereinstimmen. Vor der Erteilung der Zustimmung hat die Verwahrstelle daher das jeweilige Geschäft auf seine Rechtmäßigkeit hin zu prüfen; eine Kontrolle der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit ist jedoch nicht ihre Aufgabe.

⁵ Vgl. hierzu CESR's technical advice to the European Commission on the level 2 measures to the UCITS management company passport, Section III, Box 2 no. 8 (CESR/09-963), <http://www.esma.europa.eu/content/CESR%E2%80%99s-advice-level-2-measures-related-UCITS-management-company-passport>.

Seite 14 | 32

Das Zustimmungserfordernis der Verwahrstelle bezieht sich auf das Erfüllungsgeschäft der Kapitalverwaltungsgesellschaft, nicht jedoch auf die zugrunde liegende vertragliche Verpflichtung. Nicht der Zustimmung der Verwahrstelle bedarf daher z.B. der Abschluss eines Kreditvertrages, sondern erst die Aufnahme des Kredites (Valutierung). Um jedoch zu vermeiden, dass sich die Kapitalverwaltungsgesellschaft aufgrund einer (rechtmäßig) verweigerten Zustimmung ggf. schadensersatzpflichtig macht (vgl. §§ 75 und 84 KAGB jeweils in Absatz 2 Satz 3), sollte sie die Verwahrstelle bereits vor Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes einbinden.

6.1. Zeitpunkt der Zustimmung

Der Begriff der Zustimmung ist i.S.d. der Terminologie der §§ 182 ff. BGB zu verstehen. Danach kann die Zustimmung vor (Einwilligung) oder nach (Genehmigung) der Verfügung erteilt werden. Grundsätzlich sollte die Verwahrstelle ihre Zustimmung bereits vor der Verfügung erteilen. Etwas anderes gilt in den Fällen, in denen eine Überprüfung von bestimmten Voraussetzungen – z. B. der „Kurzfristigkeit“ nach §§ 199 oder 221 Abs. 6 KAGB, wenn der Kredit im Rahmen eines Kontokorrentkredits in Anspruch genommen wird - erst nach der Verfügung (im Beispielsfall: nach der Kreditaufnahme) möglich ist. Da die Verwahrstelle ihre Zustimmung zu einem Geschäft nur insgesamt geben oder verweigern kann, kommt in diesen Fällen nur eine Genehmigung der Verfügung in Betracht. Hiervon unberührt bleibt die Pflicht der Verwahrstelle, die Einhaltung derjenigen gesetzlichen Voraussetzungen, die schon vor der Verfügung prüfbar sind – z. B. der Marktüblichkeit eines Kredites -, auch zu diesem Zeitpunkt zu prüfen, um das Risiko von Schäden aus nicht zustimmungsfähigen Geschäften zu minimieren.

6.2. Beispiele

Im Folgenden wird exemplarisch aufgezeigt, welche Vorschriften die Verwahrstelle vor der Zustimmungserteilung wann zu prüfen hat.

6.2.1. Aufnahme von Krediten

6.2.1.1. Aufnahme von Krediten nach §§ 199, 221 Abs. 6 KAGB

Bei der Aufnahme eines Kredites nach §§ 199, 221 Abs. 6 KAGB hat die Verwahrstelle vor der Zustimmungserteilung folgende Voraussetzungen zu prüfen:

1. die Kurzfristigkeit⁶ der Kreditaufnahme,
2. die Grenze von 10 bzw. 20 Prozent,
3. die Marktüblichkeit der Kreditbedingungen

⁶ Ob ein Kredit als "kurzfristig" einzuordnen ist, sollte unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden. Kredite, die eine längere Laufzeit als ein Jahr aufweisen, sind jedenfalls nicht mehr "kurzfristig" (siehe Ziff. 8 meines FAQ zu § 53 InvG vom 1. Dezember 2009, http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Auslegungsentscheidung/WA/ae_091201_kreditaufnahme_53inv_g_fa.html).

Seite 15 | 32

4. die Zulässigkeit einer Kreditaufnahme nach den Vertragsbedingungen.

Wird für die Kreditaufnahme ein Kreditvertrag abgeschlossen, in dem auch die Valutierung und Laufzeit festgelegt sind, sind die Kurzfristigkeit, die Einhaltung der Prozent-Grenze⁷, die Marktüblichkeit sowie die Vertragsbedingungen vor der Aufnahme des Kredits (ex ante) zu überprüfen. Die Kontrolle der Marktüblichkeit der Kreditbedingungen kann anhand von vergleichbaren Kreditangeboten oder anhand interner Mechanismen erfolgen, z.B. auf Grundlage von Referenzzinssätzen für die jeweils relevante Laufzeit. Erfolgt die Kreditaufnahme durch Inanspruchnahme eines Kontokorrentkredits oder einer anderen gewährten Kreditlinie, kann das Merkmal der Kurzfristigkeit erst nach der Aufnahme des Kredits im Rahmen einer laufenden Ex-Post-Kontrolle überprüft werden. Auch die Einhaltung der Prozent-Grenze ist in diesem Fall ex-post zu prüfen.

6.2.1.2. Aufnahme von Krediten nach Maßgabe des § 254 KAGB

Nach § 254 Abs. 1 KAGB darf die Kapitalverwaltungsgesellschaft für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger neben kurzfristigen Krediten nach § 199 KAGB langfristige Kredite nur bis zur Höhe von 30 Prozent des Verkehrswertes der im Investmentvermögen befindlichen Immobilien und nur aufnehmen, wenn

1. dies in den Anlagebedingungen vorgesehen ist,
2. die Kreditaufnahme mit einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung vereinbar ist,
3. die Bedingungen der Kreditaufnahme marktüblich sind,
4. die Grenze nach § 260 Abs. 3 Nr. 3 KAGB nicht überschritten wird und
5. die Kreditaufnahme nicht zur Finanzierung der Rücknahme von Anteilen erfolgt (dies ist nur vermittelt kurzfristiger Kredite nach § 199 KAGB zulässig).

Die Einhaltung der 30 Prozent-Grenze⁸, die Übereinstimmung mit den Anlagebedingungen, die Vereinbarkeit mit einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung, die Marktüblichkeit der Kreditbedingungen und die Grenze nach § 260 Abs. 3 Nr. 3 KAGB sind vor der Aufnahme des Kredits (ex-ante) zu prüfen. Für die Kontrolle der Marktüblichkeit gelten die Ausführungen unter Nr. 6.2.1.1 entsprechend. Die Vereinbarkeit der Kreditaufnahme mit einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung ist anhand der von der Kapitalverwaltungsgesellschaft vorgelegten Prozessdokumentation von der Verwahrstelle zu plausibilisieren.

Hingegen kann die Einhaltung des Verbots der kreditfinanzierten Rücknahme von Anteilen erst nach der Aufnahme des Kredits (ex-post) kontrolliert werden.

⁷ Nach der Zustimmungserteilung ist die Einhaltung der Prozent-Grenze als Anlagegrenze zu kontrollieren.

⁸ Nach der Zustimmungserteilung ist die Einhaltung der 30-Prozent-Grenze als Anlagegrenze zu kontrollieren.

Seite 16 | 32

6.2.1.3. Aufnahme von Krediten nach Maßgabe des § 263 KAGB

Nach § 263 Abs. 1 KAGB darf die Kapitalverwaltungsgesellschaft für einen geschlossenen inländischen Publikums-AIF Kredite nur bis zur Höhe von 60 Prozent des Verkehrswertes der im Investmentvermögen befindlichen Vermögensgegenstände und nur aufnehmen, wenn

1. dies in den Anlagebedingungen vorgesehen ist,
2. die Bedingungen der Kreditaufnahme marktüblich sind und
3. die Grenze nach § 263 Abs. 4 KAGB nicht überschritten wird.

Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist vor der Aufnahme des Kredits (ex-ante) zu prüfen. Für die Kontrolle der Marktüblichkeit gelten die Ausführungen unter 6.2.1.1 entsprechend.

6.2.2. Anlage in Bankguthaben bei anderen Kreditinstituten

Bei der Anlage in Bankguthaben bei anderen Kreditinstituten hat die OGAW-Verwahrstelle zu kontrollieren, ob

1. die Anlage auf einem Sperrkonto i.S.d. § 72 Absatz 2 KAGB erfolgt,
2. die Anlagegrenzen des § 206 Absatz 4 und Absatz 5 KAGB sowie
3. die Voraussetzungen des § 195 KAGB (insbesondere Laufzeit von höchstens zwölf Monaten) eingehalten werden.

Die Kontrolle der unter Nr. 1 genannten Voraussetzung hat die Verwahrstelle ex-ante durchzuführen. Sie muss sich daher in Bezug auf jedes Investmentvermögen vor der Ausführung der ersten Überweisung einmalig von dem anderen Kreditinstitut schriftlich bestätigen lassen, dass es sich bei dem Konto um ein Sperrkonto i.S.d. § 72 Absatz 2 KAGB handelt. Bei allen folgenden Überweisungen hat die Verwahrstelle durch Kontrolle des Kontoauszuges oder der Geschäftsbestätigung oder auf andere Art und Weise sicherzustellen, dass die Überweisung auf das zuvor bestätigte Sperrkonto des jeweiligen Investmentvermögens erfolgt ist. Die Einhaltung der Anlagegrenzen des § 206 Absatz 4 und 5 KAGB⁹ sowie die Voraussetzungen des § 195 KAGB sind ex-ante zu prüfen, wenn es sich um Festgelder¹⁰ handelt; bei sogenannten Sichteinlagen¹¹ kann eine ex-post-Kontrolle stattfinden.

⁹ Nach der Zustimmungserteilung ist die Einhaltung der Anlagegrenzen des § 206 Absatz 4 und 5 KAGB als Anlagegrenzen zu kontrollieren.

¹⁰ Unter Festgeldern sind Einlagen zu verstehen, die aufgrund einer zwischen einem Kreditinstitut und dem Kunden getroffenen Vereinbarung eine bestimmte Laufzeit haben (z.B. 30, 60 oder 180 Tage) und daher an einem genau vorherbestimmten Tag fällig werden.

¹¹ Unter Sichteinlagen sind Einlagen zu verstehen, die bei Sicht, d. h. ohne jede Kündigung, fällig sind.

Seite 17 | 32

6.2.3. Verfügung über Immobilien, die zu einem Immobilien-Sondervermögen gehören

Wird in einem Immobilien-Sondervermögen nach § 230 ff. KAGB über eine Immobilie etwa im Wege der Veräußerung verfügt, hat die Verwahrstelle unter anderem zu überprüfen, ob

1. die Veräußerung in den Anlagebedingungen vorgesehen ist und
2. die Gegenleistung den Vorgaben des § 260 Absatz 1 KAGB entspricht.

Die Verwahrstelle hat die unter Nr. 1 und 2 genannten Voraussetzungen ex-ante, d.h. vor dem Erfüllungsgeschäft, zu überprüfen. Maßgeblich sind die Wertverhältnisse zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts.

In einem geschlossenen Investmentvermögen gilt nicht § 260 KAGB, die Verwahrstelle muss jedoch die Einhaltung marktgerechter Preise nach § 271 Abs. 1 i.V.m. § 168 Abs. 7 KAGB im Vorhinein überprüfen.

6.2.4. Belastung von Immobilien, die zum Immobilien-Sondervermögen gehören

Bei einer Belastung von Immobilien, die zum Immobilien-Sondervermögen gehören, hat die Verwahrstelle unter anderem zu prüfen, ob

1. die Belastung in den Anlagebedingungen vorgesehen ist,
2. sie mit einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung vereinbar ist,
3. die Bedingungen, unter denen die Belastung erfolgen soll, marktüblich sind sowie
4. die Belastung nach § 260 Absatz 3 KAGB insgesamt die 30 Prozent-Grenze nicht überschreitet.

Die unter Nr. 1 – 4 genannten Anforderungen sind ex-ante zu kontrollieren. Maßgeblich sind die Wertverhältnisse zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts.

6.2.5. Verfügung über Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften

Bei einer Verfügung in Form einer Veräußerung über eine Beteiligung an einer Immobilien-Gesellschaft hat die Verwahrstelle – wie bei der Veräußerung einer Immobilie zu prüfen, ob eine solche in den Anlagebedingungen vorgesehen ist und die Gegenleistung den letzten zugrunde zu legenden Wert der Beteiligung i.S.d. § 249 Absatz 1 KAGB nicht unterschreitet, § 260 Absatz 1 KAGB.

Die Verwahrstelle hat beide Voraussetzungen ex-ante, d.h. vor dem Erfüllungsgeschäft, zu kontrollieren. Maßgeblich sind die Wertverhältnisse zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts.

6.2.6. Geschäfte von Immobilien-Gesellschaften, an denen eine Mehrheitsbeteiligung besteht

Seite 18 | 32

Die unter Nr. 6.2.1 bis 6.2.5 gemachten Ausführungen gelten entsprechend auch für Geschäfte von Immobilien-Gesellschaften, an denen eine Mehrheitsbeteiligung besteht.

7. Kontrollpflichten

Der Verwahrstelle obliegt eine Kontrollfunktion, die insbesondere aus den §§ 76, 79 und 83 KAGB resultiert. Jede Kontrolle setzt Informationen über die zu kontrollierenden Sachverhalte voraus. Der unverzügliche Zugang zu allen für die Kontrollfunktion notwendigen Informationen aus der Sphäre der Kapitalverwaltungsgesellschaft muss im Verwahrstellenvertrag vereinbart werden (§ 68 Abs. 1 Satz 3, § 80 Abs. 1 Satz 3 KAGB). Nach Art. 92 Abs. 2 und 4 der Level-2-Verordnung muss die AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft der Verwahrstelle explizit alle Anweisungen bezüglich der Vermögenswerte und Tätigkeiten und alle sonstigen für die Kontrollaufgaben relevanten Informationen übermitteln und Zugang zu ihren Büchern sowie den Geschäftsräumen der AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft und ihren Auslagerungsunternehmen gewähren. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft ist aber, abgesehen von den in Ziffer 4.3.2 genannten Unterlagen zur Durchführung der Eigentumsverifikation, nicht verpflichtet, solche Informationen an die Verwahrstelle weiterzuleiten, die sie sich von einem Dritten gegen ein entsprechendes Entgelt beschaffen müsste (z.B. Ratings). Die Verwahrstelle hat die Kontrollfunktion grundsätzlich in gleichem Umfang für alle Investmentvermögen auszuüben, sofern für Spezial-AIF im Folgenden keine anderweitige Regelung getroffen wird.

Anders als bei gewissen zustimmungspflichtigen Geschäften führt die Verwahrstelle ihre Kontrollpflichten stillschweigend durch und ist nicht gehalten, der Kapitalverwaltungsgesellschaft in Einzelfällen die Rechtmäßigkeit ihres Vorgehens zu bestätigen, es sei denn dies ist vertraglich vereinbart.

7.1. Rechtmäßigkeitskontrolle

Nach § 70 Abs. 1 und § 85 Abs. 1 KAGB hat die Verwahrstelle bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig von der Kapitalverwaltungsgesellschaft und ausschließlich im Interesse der Anleger zu handeln. Sie hat jedoch die Weisungen der Kapitalverwaltungsgesellschaft auszuführen, sofern diese nicht gegen gesetzliche Vorschriften, die Anlagebedingungen oder den Gesellschaftsvertrag verstoßen, § 76 Abs. 2 und § 83 Abs. 5 KAGB.

7.1.1. Weisung

Der Pflicht zur Rechtmäßigkeitskontrolle unterliegen alle verbindlichen Aufforderungen der Kapitalverwaltungsgesellschaft an die Verwahrstelle, gerade im Rahmen ihrer Verwahrstellenfunktion Geschäfte vorzunehmen, die eine unmittelbare Auswirkung auf den Bestand der bei ihr verwahrten Vermögensgegenstände des Investmentvermögens haben.

Seite 19 | 32

Weisungen, die der Verwahrstelle aufgrund anderer gesetzlicher oder vertraglich begründeter Beziehungen mit der Kapitalverwaltungsgesellschaft erteilt werden, z.B. im Rahmen von Auslagerungsverträgen, als Finanzkommissionär oder als Stimmrechtsvertreter, sind von dieser Regelung nicht erfasst.

7.1.2. Gesetzliche Vorschriften und Vertragsbedingungen

Die gesetzlichen Vorschriften, an denen die Weisungen zu messen sind, umfassen das KAGB und alle darunter erlassenen Rechtsverordnungen, Verordnungen der EU auf Grundlage der OGAW-Richtlinie und der AIFM-Richtlinie sowie sämtliche sonstige Vorschriften, die kraft eines Verweises in den vorgenannten Rechtsquellen zur Anwendung kommen. Dabei ist die von der BaFin in Richtlinien, Rundschreiben, Merkblättern, FAQs und sonstigen Veröffentlichungen vertretene Auslegung maßgeblich. Außerdem muss sich die Kontrolle auf die Einhaltung der jeweiligen Anlagebedingungen in ihrer Gesamtheit beziehen. Diese umfassen sämtliche schriftlichen Vereinbarungen, die das Rechtsverhältnis zwischen der Kapitalverwaltungsgesellschaft oder dem Investmentvermögen und dem Anleger in Bezug auf das jeweilige Investmentvermögen regeln. Bei Investmentvermögen in Gesellschaftsform sind zudem die Satzungen einzubeziehen. Im Verwahrstellenvertrag ist zudem nach Art. 83 Abs. 1 Buchstabe m) der Level-2-Verordnung genauer zu bestimmen, welche Aufgaben die Verwahrstelle in Bezug auf die Geldwäschebekämpfung hat.

7.1.3. Umfang der Prüfung

Der Gesetzeswortlaut in § 76 Abs. 2 und § 83 Abs. 5 KAGB statuiert an sich eine uneingeschränkte Kontrollpflicht. Nach Sinn und Zweck der Regelung - die Überwachung der Tätigkeiten der Kapitalverwaltungsgesellschaft zum Schutz der Anleger - findet die Pflicht zur Rechtmäßigkeitskontrolle dort ihre Grenze, wo die Kosten oder der Aufwand der Kontrolltätigkeit außer Verhältnis zu dem Nutzen der Anleger stehen und somit wirtschaftlich als unvertretbar erscheinen. In diesem Rahmen ist die Verwahrstelle auch dazu verpflichtet, die Risikomessung nach dem qualifizierten Ansatz anhand eines eigenen Modells oder mit dem Modell der Kapitalverwaltungsgesellschaft in angemessener Tiefe zu überprüfen.

Die Rechtmäßigkeitskontrolle erstreckt sich nicht auf die Zweckmäßigkeit des Handelns der Kapitalverwaltungsgesellschaft. Die Verwahrstelle hat bspw. nicht zu überprüfen, ob bestimmte Anlageentscheidungen der Portfolioverwaltung wirtschaftlich sinnvoll sind.

7.1.4. Zeitpunkt der Prüfung

Bei Geschäften, die die Kapitalverwaltungsgesellschaft für ein Investmentvermögen abschließt, verpflichtet sie sich zunächst im eigenen Namen durch schuldrechtlichen Vertrag (Verpflichtungsgeschäft), wenn auch für Rechnung des jeweiligen Investmentvermögens. An sich ist die Verwahrstelle, wie bei den zustimmungspflichtigen Geschäften (s. oben unter Nr. 6), zu diesem Zeitpunkt noch nicht einzubeziehen. Erst die

Seite 20 | 32

Erfüllung dieser Geschäfte wird von der Verwahrstelle im Rahmen ihrer Abwicklungsfunktion übernommen, nachdem sie eine entsprechende Abwicklungsinstruktion der Kapitalverwaltungsgesellschaft erhalten hat.

Grundsätzlich muss die Verwahrstelle vor der Abwicklung prüfen, ob das jeweilige von der Kapitalverwaltungsgesellschaft bereits abgeschlossene Geschäft (z. B. An- oder Verkauf) mit den Anlagebedingungen und gesetzlichen Bestimmungen vereinbar ist. In diesem Rahmen muss sie u.U. prüfen, ob die Erwerbbarkeitsvoraussetzungen nach dem KAGB, insbesondere nach der Richtlinie 2007/16/EG erfüllt sind. Erst dann darf sie z. B. die Zahlung des Kaufpreises aus den Sperrkonten des jeweiligen Investmentvermögens veranlassen; stellt sie eine Unvereinbarkeit fest, darf sie nicht freigeben bzw. abwickeln. Bei der Feststellung eines Regelverstößes hat sie ggf. den Eskalationsprozess (siehe hierzu Nr. 10) einzuleiten.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass eine solche Prüfung eine gewisse Zeit beansprucht und mit juristischen Unsicherheiten verbunden sein kann, so dass das bereits eingegangene Geschäft unter Umständen nicht rechtzeitig erfüllt werden könnte. Es müsste dann mit dem Rücktritt des Kontrahenten und möglichen Schäden für die Kapitalverwaltungsgesellschaft und das Investmentvermögen gerechnet werden. Da dies mit den Interessen der Anleger nicht vereinbar wäre, genügt nach Sinn und Zweck der Regelung eine Rechtmäßigkeitskontrolle nach Abwicklung des Geschäfts, wenn die jeweiligen Geschäfte üblicherweise innerhalb kurzer Zeiträume abgeschlossen und abgewickelt werden müssen (z. B. bei Wertpapiergeschäften), um die Fähigkeit der Kapitalverwaltungsgesellschaft auf die Gegebenheiten des Marktes rechtzeitig und schnell zu reagieren, nicht über Gebühr einzuschränken.

7.1.5. Beispiele

Im Folgenden wird exemplarisch aufgezeigt, wie der Umfang und Zeitpunkt der Prüfungspflicht der Verwahrstelle beim Erwerb von einzelnen Vermögensgegenständen zu bemessen sind.

Beim Erwerb von Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten, Anteilen an Investmentvermögen oder Derivaten hat die Verwahrstelle unverzüglich nach Abwicklung des Geschäfts und nach Berücksichtigung des Geschäfts in der Fondsbuchhaltung zu prüfen, ob es sich um nach den Anlagebedingungen und gesetzlichen Bestimmungen erwerbbarer Vermögensgegenstände handelt. Im Rahmen ihrer Prüfung hat sie neben den Bestimmungen des KAGB insbesondere die Bestimmungen der Richtlinie 2007/16/EG sowie die Verwaltungspraxis der BaFin hierzu gemäß FAQ Eligible Assets vom 22. Juli 2013 zu beachten.

Auf Anfrage der Verwahrstelle sollte die Kapitalverwaltungsgesellschaft dieser bei komplexen Produkten (z.B. strukturierten Produkten) Informationen sowie ihre Schlussfolgerungen zur rechtlichen Einordnung des Produktes übermitteln.

Beim Erwerb von nicht verwahrfähigen Anteilen an Investmentvermögen¹², Unternehmensbeteiligungen, Beteiligungen an ÖPP-Projektgesellschaften, unverbrieften Darlehensforderungen oder Sachwerten hat die Verwahrstelle eine Rechtmäßigkeitsprüfung in der Regel vor der Abwicklung vorzunehmen und die Abwicklung des Geschäftes ggf. zu verweigern. Denn anders als bei Wertpapiergeschäften geht dem Erwerb dieser Vermögensgegenstände eine umfassende und i.d.R. zeitintensive Erwerbbarkeits-, Unternehmens- und Eigentumsprüfung der Kapitalverwaltungsgesellschaft (due-diligence) voraus, so dass bei rechtzeitiger Einbeziehung der Verwahrstelle ausreichend Zeit für die ex ante Prüfung der Rechtmäßigkeit zur Verfügung steht. Es wäre unangemessen, die Rechtmäßigkeitskontrolle in diesen Fällen erst im Nachhinein durchzuführen und damit Schäden infolge einer etwaigen Nichtabwicklung des Geschäftes durch die Verwahrstelle oder eine Rückabwicklung in Kauf zu nehmen. Daher hat die Kapitalverwaltungsgesellschaft im Interesse ihrer Anleger die Verwahrstelle frühzeitig über ihre Erwerbsabsichten zu informieren. Sie hat ihr sämtliche Unterlagen vorzulegen, die diese benötigt um zu prüfen, ob z.B. der beabsichtigte Erwerb oder die beabsichtigte Veräußerung mit den gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben vereinbar sein wird.

7.2. Kontrolle der Anteilwertermittlung

Jeweils nach Absatz 1 Nr. 1 von §§ 76 und 83 KAGB hat die Verwahrstelle die Pflicht, die Berechnung des Wertes der Anteile nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften und Anlagebedingungen zu überwachen. Für diese Kontrolle hat die Verwahrstelle ein angemessenes alternatives System außerhalb der Fondsbuchhaltung der Kapitalverwaltungsgesellschaft oder ein angemessenes von der Kapitalverwaltungsgesellschaft unabhängiges Verfahren einzusetzen. Diese Kontrollpflicht kommt bei OGAW auch dann zum Tragen, wenn der Anteilwert nach § 212 KAGB von der Verwahrstelle unter Mitwirkung der Kapitalverwaltungsgesellschaft ermittelt wird. Die Ermittlung des Wertes hat den in § 168 KAGB vorgeschriebenen Regeln sowie den Vorschriften im 3. Abschnitt der Kapitalanlage-Rechnungslegungs- und Bewertungsverordnung (KARBV) vom 16. Juli 2013 zu entsprechen. Die Verwahrstelle hat das Ergebnis der Kontrolle der Kapitalverwaltungsgesellschaft unverzüglich mitzuteilen. Nach Art. 94 Abs. 3 Level-2-Verordnung hat die AIF-Verwahrstelle bei Verstößen zeitnahe Abhilfemaßnahmen der Kapitalverwaltungsgesellschaft sicherzustellen. Hinsichtlich der technischen Umsetzung der Kontrolle der Anteilwertermittlung gelten im Übrigen die Ausführungen unter Nr. 7.4.1 entsprechend.

7.3. Kontrolle der Sicherheiten für Wertpapierdarlehen

Nach § 76 Absatz 1 Nr. 4 und § 83 Abs. 2 KAGB hat die Verwahrstelle bei OGAW und Publikums-AIF dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Sicherheiten für

¹² Da die Kapitalverwaltungsgesellschaft bei diesen Investmentanteilen regelmäßig vor Erwerb die Vertragsdokumentation erhält, kann die Verwahrstelle auch bereits vor Erwerb eine Rechtmäßigkeitskontrolle vornehmen.

Seite 22 | 32

Wertpapierdarlehen nach Maßgabe des § 200 Absatz 2 KAGB rechtswirksam bestellt und jederzeit bei der Verwahrstelle oder einem Unterverwahrer vorhanden sind.

Vor der Abwicklung des Wertpapierdarlehensgeschäfts, d. h. vor Lieferung der verliehenen Wertpapiere an den Entleiher, hat die Verwahrstelle zu prüfen, ob die Sicherheiten nach dem KAGB erwerbbar und der Höhe nach ausreichend in einem Sperrdepot des jeweiligen Investmentvermögens vorhanden sind. Erst wenn diese Voraussetzungen vorliegen, darf die Verwahrstelle die zu verleihenden Wertpapiere freigeben und auf die jeweiligen Konten der Entleiher übertragen; insoweit hat die Verwahrstelle eine ex-ante-Kontrolle vorzunehmen. Tritt nachträglich eine Untersicherung ein, weil die verliehenen Wertpapiere an Wert gewonnen oder die zur Verfügung gestellten Sicherheiten an Wert verloren haben, kann die Verwahrstelle ihre Kontrollfunktion nur ex-post ausüben.

Ein Austausch der Sicherheiten wird erst von der Verwahrstelle veranlasst, nachdem sie festgestellt hat, dass die neuen Sicherheiten den Erwerbbarkeitskriterien des KAGB genügen und in ausreichender Höhe im Sperrdepot des jeweiligen Investmentvermögens vorhanden sind.

7.4. Kontrolle der Anlagegrenzen

Die Verwahrstelle hat im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle nach § 76 Absatz 2 und § 83 Abs. 5 KAGB zu prüfen, ob die für das jeweilige Investmentvermögen geltenden gesetzlichen und in den Anlagebedingungen festgelegten Anlagegrenzen eingehalten werden. Zu den Anlagegrenzen gehören etwa die Bestimmungen in §§ 198, 206, 207, 210, 219, 221 und 261 KAGB. Entsprechendes gilt für die 200 Prozent-Grenze des § 197 Absatz 2 KAGB.

Eine Ausnahme von der Pflicht zur Anlagegrenzkontrolle wird in Bezug auf § 210 Absatz 2 KAGB gewährt. Danach darf die Kapitalverwaltungsgesellschaft für alle von ihr verwalteten inländischen OGAW Aktien desselben Emittenten nur insoweit erwerben, als die Stimmrechte, die der Kapitalverwaltungsgesellschaft aus Aktien desselben Emittenten zustehen, 10 Prozent der gesamten Stimmrechte aus Aktien desselben Emittenten nicht übersteigen. In der Praxis beauftragt eine Kapitalverwaltungsgesellschaft häufig verschiedene Verwahrstellen mit der Verwahrung der von ihr verwalteten Investmentvermögen. Da sich die Anlagegrenze des § 210 Absatz 2 KAGB nur unter Berücksichtigung der Erwerbsgeschäfte für alle von der Kapitalverwaltungsgesellschaft verwalteten Investmentvermögen errechnen lässt, ist es für eine Verwahrstelle, die nicht alle von der Kapitalverwaltungsgesellschaft verwalteten Investmentvermögen verwahrt, nicht möglich, die Anlagegrenze des § 210 Absatz 2 KAGB zu berechnen. Entsprechendes kann für vertraglich vereinbarte Anlagegrenzen gelten, deren Überprüfung die Zusammensetzung anderer Investmentvermögen voraussetzt.

Stellt die Verwahrstelle vor der Ausführung einer Weisung im Zusammenhang mit der Abwicklung einer Transaktion fest, dass diese zu einer Anlagegrenzverletzung führt, darf sie das jeweilige Geschäft nicht abwickeln oder muss die Abwicklung nach Möglichkeit unterbrechen. Entsprechend den Ausführungen oben unter 7.1.4 reicht jedoch eine

Seite 23 | 32

Kontrolle nach Geschäftsabwicklung aus, wenn eine Kontrolle im Vorhinein aufgrund der Marktbedingungen unmöglich wäre oder zu einer den Anlegerinteressen widersprechenden Verzögerung des Transaktionsverlaufs führen würde. Jedoch ist auch bei einer nachträglichen Kontrolle die Einleitung eines Eskalationsverfahrens obligatorisch, wie es für AIF-Verwahrstellen in Art. 95 lit. b) der Level-2-Richtlinie vorgesehen ist. Auf die unter 7.1.5 aufgeführten Beispiele wird entsprechend verwiesen.

7.4.1. Prüfungsmodelle

Nach Art. 95 lit. a der Level-2-Verordnung müssen die Verfahren zur Anlagegrenzkontrolle durch AIF-Verwahrstellen der Art, dem Umfang und der Komplexität des AIF angemessen sein. Insbesondere müssen diese nach Art. 92 Abs. 2 Level-2-Verordnung selbst angemessene Überprüf- und Abgleichverfahren durchführen. Die hierfür notwendigen Daten, wie Kauf- oder Verkaufsaufträge, müssen von der Kapitalverwaltungsgesellschaft zur Verfügung gestellt werden. Darüber hinaus muss die AIF-Verwahrstelle selbst oder vermittelt geeigneter unabhängiger Prüfer Kontrollen in den Geschäftsräumen und Systemen der Kapitalverwaltungsgesellschaft und ihren Auslagerungsunternehmen vornehmen.

Die Prüfung der Anlagegrenzen kann bei AIF- wie auch OGAW-Verwahrstellen auf unterschiedliche Weise erfolgen. In Betracht kommen insbesondere die folgenden Modelle: Die Verwahrstelle hat Zugriff auf das Fondsbuchhaltungssystem und das Anlagegrenzprüfungssystem der Kapitalverwaltungsgesellschaft (Modell 1) oder sie verfügt selbst über solche Systeme (Modell 2). Denkbar ist auch eine Kombination der Modelle 1 und 2; hier verfährt die Verwahrstelle grundsätzlich nach Modell 2, trifft jedoch mit der Kapitalverwaltungsgesellschaft die Vereinbarung, dass diese ihr bestimmte Informationen, zu deren Weiterleitung die Kapitalverwaltungsgesellschaft nicht verpflichtet ist (z.B. Ratings), gegen einen entsprechenden Aufwendungsersatz zur Verfügung stellt. Bei AIF mit wenigen Vermögenswerten oder wenigen Geschäftsvorfällen, bei denen ein technisches Anlagegrenzprüfungssystem nicht notwendig ist, um jederzeit die Einhaltung der gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben gewährleisten zu können, führt die Verwahrstelle die Kontrollen auf andere geeignete Weise durch.

Dagegen ist die Kontrolle der Anlagegrenzen anhand von Listen (Reports), die der Verwahrstelle von der Kapitalverwaltungsgesellschaft zur Verfügung gestellt werden und die auf der Grundlage der von der Kapitalverwaltungsgesellschaft verwendeten Systeme die jeweiligen Anlagegrenzverletzungen ausweisen, unzulässig, wenn die Verwahrstelle die unter 7.4.1.1 geforderten weiteren Prüfungshandlungen hinsichtlich der (laufenden) Funktionalität des Systems der Kapitalverwaltungsgesellschaft unterlässt.

Für Anlagegrenzen, die mit dem Anlagegrenzprüfungssystem (noch) nicht überprüft werden können und damit manuell zu überprüfen sind, hat die Verwahrstelle eigene Kontrollprozesse zu definieren.

Können sich die Verwahrstelle und die Kapitalverwaltungsgesellschaft nicht auf Modell 1 einigen und kann die Verwahrstelle die Anlagegrenzprüfung weder mit Modell 2 noch mit einem zulässigen Kombinationsmodell durchführen, darf die

Seite 24 | 32

Kapitalverwaltungsgesellschaft diese Verwahrstelle nicht mit der Wahrnehmung der Verwahrstelfunktionen beauftragen.

7.4.1.1. Modell 1

Die Anlagegrenzprüfung vermittelt eines Zugriffs auf die technischen Systeme der Kapitalverwaltungsgesellschaft darf nicht dazu führen, dass die Verwahrstelle die Kontrollaufgabe selbst aus der Hand gibt. Dies käme einer Auslagerung gleich, die nach § 73 Abs. 4 und § 82 Abs. 4 KAGB verboten ist. Zulässig ist aber der Bezug technischer Unterstützung in Form der Nutzung der bei der Kapitalverwaltungsgesellschaft eingerichteten Buchhaltungs- und Prüfungssysteme und der dort vorgehaltenen Daten. Die Verwahrstelle muss jederzeit ungehinderten Zugriff auf diese Systeme haben.

Einigen sich die Verwahrstelle und die Kapitalverwaltungsgesellschaft auf das Modell 1, sind folgende Punkte im Verwahrstellenvertrag zu vereinbaren:

Die ordnungsgemäße Funktionalität des Anlagegrenzprüfungssystems ist zu Beginn durch die Verwahrstelle zu kontrollieren. Dies kann durch einen Kontrollreport nach SAS70-Standard eines von der Kapitalverwaltungsgesellschaft beauftragten Wirtschaftsprüfers geschehen.

Die Verwahrstelle hat regelmäßig, bei offenen Investmentvermögen aber mindestens alle vier Monate, Stichproben im Hinblick auf die Funktionalität des Anlagegrenzprüfungssystems durchzuführen. Die Stichprobenprüfung kann z.B. die Prüfung beinhalten, wie zeitnah Änderungen von vertraglichen Anlagegrenzen systemseitig umgesetzt werden, wie der Ablauf bei der Einrichtung von gesetzlichen und vertraglichen Anlagegrenzen für neue Investmentvermögen erfolgt oder in welcher Frequenz die für die Anlagegrenzen relevanten Stammdaten aktualisiert werden. Die Stichprobenprüfung, die für alle Arten von gesetzlichen und vertraglichen Anlagegrenzen vorzunehmen ist, kann durch die Verwahrstelle oder durch einen von ihr beauftragten Wirtschaftsprüfer durchgeführt werden. Die Verwahrstelle hat dem Wirtschaftsprüfer genaue Vorgaben zum Inhalt und Umfang der Prüfung zu machen. Als Prüfer kann auch ein Wirtschaftsprüfer beauftragt werden, der in der Vergangenheit bereits entsprechende Prüfberichte für die jeweilige Kapitalverwaltungsgesellschaft erstellt hat. In diesem Fall dürfen die Stichproben nicht mit im Rahmen der Prüfung der Kapitalverwaltungsgesellschaft bereits durchgeführten Stichproben identisch sein.

Die Kapitalverwaltungsgesellschaft hat die Verwahrstelle unverzüglich zu informieren über:

- Wesentliche Änderungen im Programm (z.B. Änderung der Regelherleitung);
- Wesentliche Änderungen, die die Datenqualität (z.B. Wechsel des Stammdaten- oder Kursproviders) oder die Datenquantität (z.B. Fehlen von Stammdaten) betreffen und Einfluss auf die Anlagegrenzprüfung haben;
- Anlagegrenzen, die mit dem Anlagegrenzprüfungssystem (noch) nicht überprüft werden können und damit manuell zu überprüfen sind.

7.4.1.2. Modell 2

Bei Modell 2 greift die Verwahrstelle auf ein eigenes (Schatten-) Fondsbuchhaltungssystem¹³ sowie ein darauf aufbauendes Anlagegrenzprüfungssystem zu. Alternativ greift sie auf ein anderes geeignetes System zu, welches ihr eine Überprüfung der Anlagegrenzen ermöglicht. In diesem Fall trifft die Kapitalverwaltungsgesellschaft eine Mitwirkungspflicht zur Informationsübermittlung. Zwar lagern alle verwahrfähigen Vermögensgegenstände bei der Verwahrstelle oder einem von ihr ausgewählten Unterverwahrer, auch ist die Verwahrstelle über die zum Investmentvermögen gehörenden Bankguthaben informiert. Hinsichtlich der nicht verwahrfähigen Vermögensgegenstände ist sie jedoch auf eine entsprechende Information über die jeweiligen Geschäftsabschlüsse durch die Kapitalverwaltungsgesellschaft angewiesen. Nur wenn sie hinsichtlich aller Geschäftsabschlüsse umfassend informiert ist, kann sie ein eigenes aussagekräftiges Anlagegrenzprüfungssystem vorhalten.

Des Weiteren muss die Kapitalverwaltungsgesellschaft die Verwahrstelle über sämtliche mit ihren Anlegern vertraglich vereinbarten Anlagegrenzen sowie über deren Änderungen informieren. Anderenfalls kann die Verwahrstelle die vertraglich einzuhaltenden Anlagegrenzen nicht systemseitig hinterlegen.

Die Information der Verwahrstelle hat unverzüglich zu erfolgen. Die Richtigkeit der Information ist durch Vorlage entsprechender Dokumente zu belegen. Die Pflicht zur Information, die Art und Weise und der Zeitpunkt sind unter Berücksichtigung der hier aufgestellten Grundsätze im Verwahrstellenvertrag zu konkretisieren.

7.4.2. Prüfung der Einhaltung der Anlagegrenzen

Die Anlagegrenzprüfung bei Publikumsinvestmentvermögen und Spezial-AIF erfordert folgende Prüfungsschritte:

- Abfrage des eigenen oder des Systems der Kapitalverwaltungsgesellschaft nach Verletzung von Anlagegrenzen,
- Feststellung der Ursachen, die zu der Verletzung der Anlagegrenzen geführt haben,
- Bei aktiven Grenzverletzungen unverzügliche Kontaktaufnahme nach Feststellung der Grenzverletzung mit der Kapitalverwaltungsgesellschaft und Erfragen der Maßnahmen, die diese ergriffen hat, um die Verletzung der Anlagegrenzen zu beheben. Bei passiven Grenzverletzungen entsprechende Kontaktaufnahme und

¹³ Alternativ kann die Verwahrstelle auch auf ein fremdes Fondsbuchhaltungssystem und ein darauf aufbauendes eigenes Anlagegrenzprüfungssystem zugreifen. In diesem Fall hat die Verwahrstelle die unter Modell 1 aufgeführten Prüfungshandlungen entsprechend bei dem Fondsbuchhaltungssystem vorzunehmen (sog. Mischmodell).

Seite 26 | 32

Erfragen der Maßnahmen nach einer Beobachtungszeit von fünf¹⁴ Börsentagen ab dem Tag der Verletzung (nicht erst der Feststellung),

- Würdigung der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen unter Berücksichtigung der Interessen der Anleger und gegebenenfalls Einleitung des Eskalationsprozesses (siehe hierzu Nr. 10).

7.5. Kontrolle der Anlagegrundsätze

Da sich die Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwahrstelle nicht auf die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Entscheidungen der Portfolioverwaltung erstreckt, findet sie dort ihre Grenze, wo die vertraglichen Erwerbsvorgaben und Anlagegrenzen einen Entscheidungsspielraum der Kapitalverwaltungsgesellschaft im Hinblick auf die Anlage des Fondsvermögens zulassen. Demnach hat die Verwahrstelle zu prüfen, ob die Kapitalverwaltungsgesellschaft die vertragliche Vorgabe, z.B. 30 Prozent des Investmentvermögens in Wertpapiere mit einem AAA-Rating zu investieren, eingehalten hat. Die von der Kapitalverwaltungsgesellschaft im Rahmen dieser vertraglichen Vorgabe getroffene Entscheidung, z. B. 10 Prozent in der Automobilbranche und 20 Prozent in der Telekommunikationsbranche zu investieren, stellt dagegen eine von der Verwahrstelle nicht zu überprüfende Entscheidung im Rahmen der Anlagegrundsätze dar.

Auch Vorgaben hinsichtlich der Anlageziele, finanziellen Ziele oder Anlagepolitik des Fonds sind im Hinblick auf den regelmäßig eingeräumten Entscheidungsspielraum der Kapitalverwaltungsgesellschaft grundsätzlich als Anlagegrundsätze zu qualifizieren, die von der Verwahrstelle nicht zu überprüfen sind. So hat die Verwahrstelle z.B. bei sog. „Ethikfonds“ nicht zu kontrollieren, ob die Anlage des Fonds ethischen Grundsätzen entspricht. Gleiches gilt für sog. Scharia-konforme Produkte sowie dann, wenn z.B. in den Anlagebedingungen vorgesehen ist, dass nur in Aktien solcher Unternehmen investiert werden soll, die eine überdurchschnittliche Wachstumsrate erwarten lassen.

7.6. Kontrolle der Vergütung und des Aufwendungsersatzes

Die §§ 79 und 89a KAGB legen fest, dass die Verwahrstelle der Kapitalverwaltungsgesellschaft aus den zu einem inländischen OGAW oder AIF gehörenden Konten nur die für die Verwaltung des OGAW oder AIF „zustehende“ Vergütung und den ihr „zustehenden“ Ersatz von Aufwendungen auszahlen darf. Da die Verwahrstelle ohne eine Kontrolle nicht wissen kann, ob und inwieweit die Ansprüche der Kapitalverwaltungsgesellschaft gerechtfertigt sind, hat sie zu überprüfen, inwieweit die von der Kapitalverwaltungsgesellschaft geltend gemachten Auszahlungsansprüche bestehen. Wenn die Konten eines AIF nicht bei der Verwahrstelle geführt werden, ist vermittels einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung sicherzustellen, dass das

¹⁴ Der 5-Tages-Zeitraum ist im Hinblick auf § 29 Absatz 2 der Kapitalanlage-Prüfungsberichte-Verordnung (KAPrÜbV) gewählt, wonach der Abschlussprüfer bei passiven Anlagegrenzverletzungen eine Berichtspflicht nur dann hat, wenn die Über- oder Unterschreitung nicht innerhalb von zehn Börsentagen behoben worden ist. Die Verwahrstelle soll rechtzeitig vor dem Ablauf der 10-Tages-Frist auf die Behebung einer passiven Grenzverletzung hinwirken können.

Seite 27 | 32

kontoführende Institut die Vergütung oder den Aufwendungsersatz nur mit Zustimmung der Verwahrstelle an die Kapitalverwaltungsgesellschaft auszahlt.

7.6.1. Verwaltungsvergütung

Soweit die Kapitalverwaltungsgesellschaft die Auszahlung der Verwaltungsvergütung geltend macht, hat die Verwahrstelle die Berechnung aufgrund der in den Anlagebedingungen oder Vergütungsvereinbarungen festgesetzten Berechnungsgrundlage/-methode zu überprüfen. Dies gilt sowohl für die Verwaltungsvergütung, die sich nach dem Fondsvolumen bestimmt, als auch für eine erfolgsabhängige Verwaltungsvergütung oder eine Pauschalgebühr nach § 162 Abs. 2 Nr. 13 KAGB.

Ferner ist es nicht zulässig, in der sog. „Dreiervereinbarung“ bei Spezial-AIF in Bezug auf die Verwaltungsvergütung oder den Aufwendungsersatz eine eingeschränkte Prüfungspflicht zu vereinbaren, da § 79 Abs. 1 und § 83 Abs. 6 KAGB zu den nicht abdingbaren Vorschriften gehören.

7.6.2. Aufwendungsersatz

Bei der Geltendmachung von Aufwendungsersatz hat die Verwahrstelle die von der Kapitalverwaltungsgesellschaft vorgelegten Rechnungen auf rechnerische Richtigkeit zu überprüfen und im Übrigen einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen, die sich soweit möglich auch auf die Marktgerechtigkeit der Kostenhöhe erstreckt. Zu den Aufwendungen zählen unter anderem Prüfungskosten durch den Abschlussprüfer der Kapitalverwaltungsgesellschaft, Kosten, die im Zusammenhang mit dem Erwerb und der Veräußerung von Vermögensgegenständen entstanden sind (Transaktionskosten, z.B. Broker-, Liefer-, Fremdwährungs- oder Notarkosten), sowie Kosten der Bekanntmachung der Jahres- und Halbjahresberichte, der Ausgabe- und Rücknahmepreise und ggf. der Ausschüttungen und des Auflösungsberichtes (Verweis auf Musterbausteine Kostenklausel).

7.6.3. Zeitpunkt der Prüfung

Die Verwahrstelle hat vor der Auszahlung bzw. Freigabe der Verwaltungsvergütung/des Aufwendungsersatzes zu überprüfen, ob der Auszahlungsanspruch besteht. Soweit dies - etwa im Falle bestimmter Transaktionskosten, zeitlich nicht möglich ist, erfolgt eine nachträgliche Kontrolle.

7.7. Marktgerechtigkeitskontrolle

Die §§ 168 Abs. 7, §§ 271 und 278 KAGB verpflichten Kapitalverwaltungsgesellschaften zu angemessenen Maßnahmen, um beim Erwerb von Vermögensgegenständen für offene Publikumsinvestmentvermögen das bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Insbesondere ist

ein Geschäftsabschluss zu nicht marktgerechten Bedingungen zum Nachteil eines offenen Publikumsinvestmentvermögens unzulässig. Vermögensgegenstände, die zum Handel an einer Börse zugelassen oder an einem anderen organisierten Markt zugelassen oder in diesen Markt einbezogen sind, und Bezugsrechte dürfen daher für diese Investmentvermögen höchstens zum Tageskurs erworben und müssen mindestens zum Tageskurs veräußert werden. Für sonstige Vermögensgegenstände ist nach § 168 Absatz 3 KAGB der Verkehrswert, der bei sorgfältiger Einschätzung nach geeigneten Bewertungsmodellen unter Berücksichtigung der aktuellen Marktgegebenheiten angemessen ist, zugrunde zu legen (sog. „Marktgerechtigkeitskontrolle“). Die Bewertungsgrundsätze werden im 3. Abschnitt der KARBV konkretisiert. Entsprechende Anforderungen gelten für geschlossene Publikums-Investmentvermögen nach § 271 Abs. 1 i.V.m. 168 Abs. 7 KAGB.

Neben der Kapitalverwaltungsgesellschaft ist auch die Verwahrstelle zur Kontrolle der Marktgerechtigkeit im oben genannten Sinne verpflichtet, wenn sie im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle nach § 76 Abs. 2 und § 83 Abs. 5 KAGB Weisungen zur Verfügung über Geldmittel oder Vermögensgegenstände zur Erfüllung von Portfoliogeschäften überprüft oder die Zahlungsströme auf den Geldkonten überwacht.

8. Auslagerung

Beauftragt die Verwahrstelle ein anderes Unternehmen mit der Wahrnehmung solcher Aktivitäten und Prozesse im Zusammenhang mit der Durchführung von Verwahrstellenaufgaben, die ansonsten von der Verwahrstelle selbst erbracht würden, hat sie zunächst grundsätzlich die Anforderungen nach § 25b KWG sowie insbesondere Abschnitt AT 9 des Rundschreibens 10/2012 (BA) - Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk vom 14. Dezember 2012 zu beachten. Bei OGAW-Verwahrstellen sind die auf das Auslagerungsunternehmen übertragenen Tätigkeiten in die Verwahrstellenprüfung nach § 68 Abs. 7 Satz 1 KAGB einzubeziehen. Darüber hinaus gelten jedoch folgende Besonderheiten:

Die Verwahrstellen dürfen nach § 73 Abs. 4 und § 82 Abs. 4 KAGB ihre Kontrollaufgaben nicht auslagern. Eine Übertragung auf ein anderes Unternehmen kommt nur insoweit in Betracht, wie es sich um technische Teilprozesse für die Durchführung der Kontrollaufgabe handelt. Die eigentliche Kontrolle im Sinne der Ausübung von Ermessen ist von der Verwahrstelle selbst durchzuführen. Führt die Verwahrstelle beispielsweise die Anlagegrenzprüfung mit dem oben unter 7.4.1.1 dargestellten Modell 1 durch, lagert sie Teilprozesse auf die Kapitalverwaltungsgesellschaft aus.

9. Divisionslösung

Soll die Verwahrstelle Aufgaben der Kapitalverwaltungsgesellschaft einlagern, so hat sie durch die sog. „Divisionslösung“ sicherzustellen, dass Interessenkonflikte vermieden werden. Interessenkonflikte können insbesondere entstehen, wenn die Verwahrstelle Aufgaben der Kapitalverwaltungsgesellschaft einlagert, die zugleich von ihr zu

Seite 29 | 32

kontrollieren sind (z. B. die Einhaltung der Anlagegrenzen) bzw. damit im Zusammenhang stehen.

Dies gilt auch für administrative Tätigkeiten nach Anhang I Nr. 2 Buchstabe a der AIFM-Richtlinie. So können bspw. die Ausgabe und Rücknahme von Anteilen, die Bewertung oder die Führung eines Anlegerregisters von der Verwahrstelle wahrgenommen werden. Dies kann aber nicht (mehr) implizit mit der Bestellung im Verwahrstellenvertrag geschehen. Sondern die Kapitalverwaltungsgesellschaft muss für die Übertragung dieser Aufgaben einen eigenständigen Auslagerungsvertrag mit der Verwahrstelle schließen. Sie bleibt insoweit für das Auslagerungscontrolling gegenüber der Verwahrstelle verantwortlich.

Dabei ist nur die Entscheidung über die grundsätzliche Aufnahme, den Umfang und die Einstellung der Anteilsausgabe in einem Fonds als originäre Aufgabe der Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) anzusehen, welche unter den Voraussetzungen eines Auslagerungsverhältnisses bei Einhaltung der Divisionslösung auf die Verwahrstelle oder einen Dritten übertragen werden darf. Das im Rahmen dieser Vorgaben durchgeführte börsentägliche Geschäft der Entgegennahme einzelner Kundenaufträge und deren Bedienung dient der technischen Abwicklung und kann daher wie bisher üblich durch die Verwahrstellen durchgeführt werden, ohne dass es dazu der Begründung eines gesonderten Auslagerungsverhältnisses bedarf. Die Kontrollfunktion nach § 83 Abs. 1 Nr. 1 KAGB und Art. 93 Abs. 1 Nr. i) Level-2-VO erstreckt sich über die grundsätzlichen Entscheidungen der Anteilsausgabe und –rücknahme hinaus auch auf die Einzelauftragsbearbeitung, insbesondere wenn dieses Tagesgeschäft nicht von der Verwahrstelle, sondern von einem Drittdienstleister durchgeführt wird. Die Sicherstellung des Abgleichs von ausgegebenen Anteilen, Zeichnungserlösen und Rücknahmebeträgen kann aber auch wie bisher schlicht durch die Selbstvornahme dieser Vorgänge seitens der Verwahrstelle erfolgen, wodurch eine zusätzliche Kontrollebene entfällt.

Die Divisionslösung sieht vor, dass diejenige Abteilung der Verwahrstelle, auf die die Aufgaben der Kapitalverwaltungsgesellschaft ausgelagert wurden („Abteilung A“), von derjenigen Abteilung der Verwahrstelle, die die Verwahrstellenfunktion wahrnimmt und somit Aufgaben der Kapitalverwaltungsgesellschaft kontrolliert („Abteilung B“), räumlich, personell sowie funktional und hierarchisch getrennt ist. Eine Kommunikation zwischen diesen beiden Abteilungen ist allerdings notwendig, damit Abteilung B ihre Kontrollfunktionen wahrnehmen kann. Diese Abteilungen dürfen bis hinauf auf die Geschäftsleiterebene nicht von denselben Personen geleitet werden; eine gegenseitige Vertretung zwischen den Abteilungen ist weder auf noch unterhalb der Leitungsebene zulässig. Darüber hinaus sind die Aufgaben klar zuzuteilen sowie schriftlich zu dokumentieren.

Seite 30 | 32

Soweit die Kapitalverwaltungsgesellschaft ihren Abschlussprüfer beauftragt, eigene Prüfungshandlungen bei der Verwahrstelle in Bezug auf die ausgelagerten Tätigkeiten vorzunehmen, hat die Verwahrstelle dies zu dulden.¹⁵

Im Zuge der Umsetzung der OGAW-V-Richtlinie und dazu ergehender Level-2-Maßnahmen kann es zu Änderungen in diesem Abschnitt kommen.

10. Eskalationsprozess

Für den Fall von Verstößen gegen das Gesetz oder die Anlagebedingungen (z.B. Anlagegrenzverletzungen oder Verstöße gegen die Erwerbbarkeitsvoraussetzungen) hat die Verwahrstelle einen Eskalationsprozess zu definieren. Für AIF-Verwahrstellen ist dies in Art. 92 Abs. 3, Art. 94 Abs. 3 und Art. 95 lit. b) der Level-2-Verordnung explizit geregelt. Hierbei sind die einzelnen Verfahrensschritte und die jeweils zu kontaktierenden Personen (sowohl der Verwahrstelle als auch der Kapitalverwaltungsgesellschaft) festzulegen. Die einzelnen Verfahrensschritte können je nach Regelverstoß unterschiedlich ausgestaltet sein (s.a. oben Nr. 7.4.2). Der Eskalationsprozess muss vorsehen, dass die Verwahrstelle bei der Feststellung eines Regelverstoßes zuerst Kontakt mit der Kapitalverwaltungsgesellschaft aufnimmt. Bestätigen beide Parteien dann das Vorliegen eines Regelverstoßes, hat die Verwahrstelle sich von der Kapitalverwaltungsgesellschaft darüber informieren zu lassen, welche Maßnahmen diese ergriffen hat oder zu ergreifen beabsichtigt, um diesen Regelverstoß zu beheben (z.B. Verkauf von Vermögensgegenständen bei Anlagegrenzverletzungen). Geht die Verwahrstelle anders als die Kapitalverwaltungsgesellschaft jedoch weiterhin davon aus, dass ein Regelverstoß vorliegt, hat sie die BaFin zu informieren. Sie hat die BaFin auch dann zu informieren, wenn sie erhebliche Einwände gegen die von der Kapitalverwaltungsgesellschaft ergriffenen oder angekündigten Maßnahmen zur Behebung der Regelverstöße hat oder die Maßnahmen nicht zeitgerecht umgesetzt werden.

Weitere Besonderheiten sind bei der Auslagerung von Aufgaben der Kapitalverwaltungsgesellschaft auf die Verwahrstelle im Fall einer Divisionslösung festzulegen: Stellt die „Abteilung B“, die die Verwahrstellenfunktion wahrnimmt, einen Regelverstoß in der „Abteilung A“ fest, die die Aufgaben eingelagert hat, hat der zuständige Mitarbeiter der Abteilung B nicht nur Kontakt mit dem zuständigen Mitarbeiter der Abteilung A, sondern zugleich auch mit der Kapitalverwaltungsgesellschaft aufzunehmen. Die jeweiligen Kontaktpersonen sind im Eskalationsprozess festzulegen. Besteht zwischen allen Parteien Einverständnis über das Vorliegen eines Regelverstoßes, hat die Kapitalverwaltungsgesellschaft Abteilung B darüber zu informieren, welche Maßnahmen sie ergriffen hat oder zu ergreifen beabsichtigt, um den Regelverstoß zu beheben. Verneint dagegen die Kapitalverwaltungsgesellschaft das Vorliegen eines Regelverstoßes, während Abteilung B vom Vorliegen eines Regelverstoßes weiterhin

¹⁵ Nach Ziffer 9 (Outsourcing) Absatz 9 der Mindestanforderungen an das Risikomanagement für Investmentgesellschaften (InvMaRisk) hat die Kapitalverwaltungsgesellschaft, sofern erforderlich, den Abschlussprüfer zu beauftragen, eigene Prüfungshandlungen in dem Auslagerungsunternehmen vorzunehmen. Spiegelbildlich hat die Verwahrstelle diese Prüfungshandlung zu dulden, sofern sie Aufgaben der Kapitalverwaltungsgesellschaft einlagert.

Seite 31 | 32

ausgeht, hat Abteilung B die BaFin zu informieren. Gleiches gilt für den Fall, dass Abteilung B Einwände gegen die von der Kapitalverwaltungsgesellschaft eingeleiteten oder ins Auge gefassten Gegenmaßnahmen hat, während die Kapitalverwaltungsgesellschaft weiterhin an diesen Gegenmaßnahmen festhält.

11. Sonstige Pflichten der Verwahrstelle

Die Verwahrstelle hat Risiken aus der Verwahrung von Wertpapieren der Kapitalverwaltungsgesellschaft gegenüber offenzulegen. Für AIF-Verwahrstellen ergibt sich dies explizit aus Art. 89 Abs. 1 Buchstabe e) der Level-2-Verordnung. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft ist nach Ziffer 4.4.1 (Risk Management Policy) der InvMaRisk dazu verpflichtet, Risiken aus der Verwahrung von Finanzinstrumenten, die von der Verwahrstelle offengelegt wurden, im Rahmen der Anlagetätigkeit und der Portfoliosteuerung zu berücksichtigen.

12. Verwahrstellenvertrag

Neben den gesetzlichen Vorgaben in § 68 Abs. 1 und 3 KAGB sowie § 80 Abs. 1 und 10 KAGB in Verbindung mit Art. 83 und 84 der Level-2-Verordnung und den in diesem Rundschreiben an anderer Stelle gestellten Anforderungen¹⁶ wird empfohlen, bei der Gestaltung eines OGAW-Verwahrstellenvertrages "CESR's technical advice to the European Commission on the level 2 measures related to the UCITS management company passport, Section III"¹⁷ zu berücksichtigen.

Es muss sichergestellt sein, dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft mit ihren Anlegern nur solche vertraglichen Änderungsvereinbarungen trifft oder nur solche Produkte für das Investmentvermögen erwirbt, die von den mit der Verwahrstelle im Verwahrstellenvertrag vereinbarten Dienstleistungen abgedeckt sind und damit von ihr in organisatorischer und personell-fachlicher Hinsicht kontrolliert werden können. Dies gilt auch für Investitionen einer Objektgesellschaft, s. Nr. 3. Zu diesem Zweck ist im Verwahrstellenvertrag u.a. zu regeln,

- was die Verwahrstelle im Rahmen ihrer Verwahrstellenfunktionen leisten kann,
- dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft die Verwahrstelle unverzüglich über etwaige beabsichtigte Änderungen der Anlagebedingungen eines Investmentvermögens oder den Erwerb eines neuen (i. d. R. komplexen) Produktes in Kenntnis setzt, soweit dies Auswirkungen auf die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Funktionen der Verwahrstelle haben könnte,
- dass die Verwahrstelle die Kapitalverwaltungsgesellschaft unverzüglich informiert, wenn sie ihren Verwahrstellenfunktionen in Bezug auf die Änderung oder den Erwerb eines neuen Produktes nicht vollumfänglich nachkommen kann; in diesem Fall hat die Kapitalverwaltungsgesellschaft der Verwahrstelle einen angemessenen Zeitraum zur

¹⁶ S. bspw. Nr. 4.3.1, 7.4.1 und 14.

¹⁷ CESR/09-963.

Seite 32 | 32

Anpassung ihrer Systeme zu gewähren. Findet eine solche Anpassung innerhalb dieses Zeitraums nicht statt oder ist eine solche nicht möglich, hat die Kapitalverwaltungsgesellschaft von der jeweiligen Änderung oder von dem jeweiligen Erwerb abzusehen bis sie eine neue geeignete Verwahrstelle mit der Wahrnehmung der Verwahrstellefunktionen für das betroffene Investmentvermögen beauftragt hat.

13. Dokumentation

Die Verwahrstelle hat nachvollziehbar schriftlich zu dokumentieren, dass sie die in diesem Rundschreiben geregelten Pflichten erfüllt hat. Die Einhaltung dieser Pflichten ist bei OGAW-Verwahrstellen durch einen Abschlussprüfer im Rahmen der Verwahrstellenprüfung nach § 68 Absatz 7 Satz 1 KAGB und bei AIF-Verwahrstellen ggf. im Rahmen einer Sonderprüfung nach § 14 KAGB in Verbindung mit §§ 44, 44b KWG zu prüfen.

14. Mitwirkungspflichten der Kapitalverwaltungsgesellschaft

Damit die Verwahrstelle ihre Verwahrstellenfunktionen ordnungsgemäß ausüben kann, ist sie bei bestimmten Sachverhalten auf die Mitwirkung der Kapitalverwaltungsgesellschaft angewiesen. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft ist daher verpflichtet, der Verwahrstelle sämtliche aus ihrer Sphäre stammenden Informationen unverzüglich zu übermitteln, die die Verwahrstelle benötigt, um ihre Verwahrstellenfunktionen ordnungsgemäß ausüben zu können. Für AIF-Verwahrstellen ist dies explizit in Art. 92 Abs. 4 Level-2-Verordnung geregelt. Damit die Verwahrstelle z.B. ihre Kontrollfunktion ordnungsgemäß wahrnehmen kann, benötigt sie unter anderem sämtliche vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Kapitalverwaltungsgesellschaft und dem Anleger (z.B. Erwerbsvorgaben) oder zwischen der Kapitalverwaltungsgesellschaft und einem Dritten (z.B. Beratungsvergütungen), sofern diese für die Wahrnehmung der Kontrollfunktion erforderlich sind.

Die Pflicht zur Information, die Art und Weise sowie der Zeitpunkt sind unter Berücksichtigung der hier aufgestellten Grundsätze im Verwahrstellenvertrag zu konkretisieren.

15. Umsetzung

Verwahrstellen und Kapitalverwaltungsgesellschaften haben die Anforderungen dieses Rundschreibens spätestens ab dem [...] umzusetzen.