

Seminar zum Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB)

Verwahrstellen

Hans-Georg Carny

Inhalt

- Verwahrstellen für OGAW und AIF
- Aufsicht, Prüfung
- Verwahrstellenvertrag
- Interessenkollision
- Verwahrung, Unterverwahrung
- Zustimmungspflichtige Geschäfte
- Kontrollfunktion
- Haftung
- Abwicklung
- Verwaltungspraxis

Verwahrstellen für OGAW

- §§ 68 bis 79 KAGB
- Weitgehende Übernahme des Depotbanken-Regimes aus dem InvG
- Inländische OGAW: **CRR-Kreditinstitute** mit Sitz in Deutschland und KWG-Erlaubnis für das Depotgeschäft oder Zweigniederlassung nach § 53b Abs. 1 Satz 1 KWG
-> nur Teilprozesse darf Auslandsniederlassung übernehmen
- Mind. **5 Mio Euro Anfangskapital**

Verwahrstellen für AIF

- §§ 80 bis 90 KAGB
- konkretisiert in Art. 83 bis 102 Level-2-Verordnung
- **CRR-Kreditinstitut** mit inländ. Sitz/Zweigniederlassung
- oder **Finanzdienstleistungsinstitut** mit Erlaubnis für das eingeschränkte Verwahrgeschäft (§ 1 Abs. 1a Nr. 12 KWG)
- (oder andere Kategorie von überwachten Einrichtungen)
- oder – bei geschlossenen Fonds mit mind. 5jähriger Rückgabesperre und idR ohne Finanzinstrumente oder mit Kontrollerwerbsstrategie: **Treuhänder** (RA, StB, WP, Notar)
-> Merkblatt zu § 80 Abs. 3 KAGB

Aufsicht

- **Genehmigung** von OGAW-Verwahrstellen, § 69 Abs. 1 KAGB auf Antrag der KVG für konkreten Fonds
- entsprechend für Publikums-AIF über § 87 KAGB
- Spezial-AIF: Anzeige
 - Lebenslauf: Einschlägige Erfahrung und Sachkunde der zuständigen **Geschäftsleiter** bzgl. Verwahrung, Vermögensgegenstände, Länder
 - Geschäftsplan
 - Organisation (Personal, Prozesse, Systeme)
 - Verwahrstellenvertrag
 - Ggf. Prüfungsbestätigung einer OGAW-Zweigstelle

Aufsicht

Notfallplan

- Bei Bestandsgefährdung eines systemwichtigen Instituts kann die BaFin eine (partielle) **Übertragungsanordnung** (§§ 48a, 48k KWG) erlassen; dadurch Übergang auch der Verwahrstellenfunktion auf neuen Rechtsträger
- Bei Maßnahmen nach §§ 46, 47, etwa **Moratorium**, ggf. Anordnung zum Wechsel der Verwahrstelle

Prüfung

- **Verwahrstellen von OGAW** werden jährlich durch Abschlussprüfer auf die Einhaltung der gesetzlichen und vertraglichen Pflichten als Verwahrstelle hin geprüft, § 68 Abs. 7 KAGB -> keine Änderung ggü. Depotbankprüfung
- Für **Verwahrstellen von AIF** (KI, FiDi, Treuhänder) gibt es keine gesetzliche Routineprüfung der Verwahrstellenfunktion; hier bleibt es allein bei der Depotgeschäftsprüfung nach WpHG bzw. KWG
- **Auskünfte** und **Sonderprüfungen** sind gegenüber allen Verwahrstellen, deren Auslagerungsunternehmen, d.h. auch Unterverwahrern, und den Inhabern bedeutender Beteiligungen an Verwahrstellen gem. § 14 KAGB iVm §§ 44, 44b KWG möglich

Verwahrstellenvertrag

- **OGAW**-Verwahrstellenvertrag: Informationsaustausch, soweit für die Wahrnehmung der Aufgaben erforderlich
- **AIF**-Verwahrstellenvertrag - detaillierte Vorgaben in der Level-2-Verordnung:
 - Genaue Beschreibung der Aufgaben in Bezug auf jede Art und Belegenheit möglicher Vermögenswerte
 - Kündigungs- und Übergangsregeln
 - Informationsaustausch
 - Informationen zu Geldkonten
 - Kontrollverfahren für KVG
 - Eskalationsverfahren

Interessenkollision

Verwahrstellen als Kontrollorgan im Investmentdreieck

- Unabhängigkeit von KVG, Verpflichtung auf Anlegerinteressen
- Grds. keine Übernahme konfligierender Aufgaben, sonst:
- **Personelle, funktionale und hierarchische Trennung** (bis Geschäftsführerebene) innerhalb der Verwahrstelle zwischen Verwahrung und Kontrolle einerseits sowie eingelagerten (Fondsbuchhaltung, administrative Aufgaben der KVG) und sonstigen Dienstleistungen (Ausführung von Handelsaufträgen) für die KVG andererseits plus Offenlegung von möglichen Interessenkonflikten
-> **Divisionslösung**
- Keine **Weiterverwendung** von Vermögensgegenständen (bei S-AIF mit Zustimmung der Anleger möglich)

Objektgesellschaften

Eine Objektgesellschaft (# Fonds oder Verbriefungsgesellschaft)

- dient der mittelbaren Investition
- ohne eigene Anlagestrategie
- Strukturierung z.B. aus steuerlichen Gründen
- Verwahrstelle muss **durchschauen**, d.h. Vermögensgegenstände im Bestand der Objektgesellschaften verwahren und Tätigkeiten dieser Objektgesellschaften kontrollieren
- **Kontrollrechte** der Verwahrstellen sind im Verwahrstellenvertrag und in den Rechtsbeziehungen mit den Objektgesellschaften zu regeln

Verwahrung

- **OGAW:**
 - Wertpapiere und Einlagezertifikate ins **Sperrdepot**;
 - Guthaben auf **Sperrkonten**, auf Weisung auch bei anderen Kreditinstituten
- **AIF:**
 - verwahrfähige **Finanzinstrumente** auf gesonderte Depots im Namen des AIF oder AIFM zwecks jederzeitiger Zuordnungsfähigkeit; Sperrdepot optional
 - **Geldmittel** können auf Konten bei dritten KI liegen, Verwahrstelle kontrolliert die **Zahlungsströme** auf signifikante Vorgänge

Verwahrung

- **OGAW:** „laufende Überwachung“ nicht verwahrfähiger Vermögensgegenstände (unverbriefte Forderungen, Derivate)
- **AIF** / nicht verwahrfähige Vermögensgegenstände (Gelder, Edelmetalle, Forderungen, Sachwerte, Beteiligungen):
 - **Verifikation des Eigentums**, ggf. Rechte Dritter, anhand von Unterlagen der KVG, ggf. auch externen Nachweisen;
 - laufend aktualisiertes Bestandsverzeichnis
-> neue Kunden und Sachverhalte für Verwahrstellen

Unterverwahrung

- Unterverwahrung ist **kein Auslagerungstatbestand**
- Keine Gesetzesumgehung und **objektiver Grund**
- Sorgfältige Auswahl und laufende **Kontrolle**
- Laufend beaufsichtigte und rechnungsgeprüfte Entität mit Eigenkapitalanforderungen
- **Trennung des Fondsvermögens** vom eigenen Vermögen und vom Vermögen des Oberverwahrers sicherzustellen, hierfür haftet der Oberverwahrer
- In Verwahrketten kann über die **Dreipunkte-Erklärung** gewährleistet werden, auch wenn rechtlich kein Bezug mehr zu § 5 Abs. 4 Satz 1 Depotgesetz besteht;
-> Kenntnis, Zurückbehaltungsrechte, Unterverwahrung

Unterverwahrung

-> kann die Erklärung nicht erlangt werden und gibt es keine alternativen Verwahrmöglichkeiten, berücksichtigt die KVG das Fehlen der Dreipunkte-Erklärung in ihrem

Risikomanagement

- Auslagerung ausschließlich der eigentlichen Verwahaufgaben, **nicht** bspw. der **Kontrollaufgaben** zulässig
- Als Unterverwahrung gilt nicht die Inanspruchnahme von **Wertpapierliefer- und Abrechnungssystemen** z.B. der Zentralverwahrer: keine Ausnahme für alle Einrichtungen mit Zentralverwahrerlizenz, soweit diese allgemeines Depotgeschäft erbringen

Zustimmungspflichtige Geschäfte

- KVG darf bei **P-Fonds** nur mit Zustimmung der Verwahrstelle
 - **Kredite** aufnehmen,
 - In **Bankguthaben** bei anderen KI anlegen und über solche Guthaben verfügen
 - Verfügung über und Belastung von Immobilien offener und **Sachwerte** (Immobilien, Schiffe, Luftfahrzeuge, Anlagen, Container etc.) geschlossener AIF
- Wirksamkeit der Verfügung trotz illegaler Zustimmung
- Verfügung ohne Zustimmung gegenüber Anlegern unwirksam
- nicht Zweck-: **Rechtmäßigkeitskontrolle**, idR ex ante
- **Verpflichtungsgeschäft** unberührt

Kontrollfunktion

- **Ausgabe und Rücknahme von Anteilen:** Differenzierung zwischen grundsätzlicher Entscheidung und Tagesgeschäft
- **Anteilwertermittlung** mit unabhängigem Verfahren
- Zeitgerechter Eingang des **Gegenwertes** bei Geschäften
- **Ertragsverwendung**
- **Sicherheiten** für Wertpapierdarlehen bei P-Fonds
- Allgemeine **Rechtmäßigkeitskontrolle** (Gesetz und Vertrag) aller **Weisungen** der KVG im Verwahrverhältnis,
 - je nach Markt u. Geschäftsverlauf ax ante oder ex post
 - Bzgl. KAGB, RVO, EU-Recht, BaFin-Praxis, Vertrag
- **Mitwirkungspflicht** der KVG, z.B. Anlagegrenzprüfung

Kontrollfunktion

Anlagegrenzprüfung

- Teil der Rechtmäßigkeitsprüfung
- **Weisungen** entgegen der Grenzen nach §§ 198, 206, 207, 210, 219, 221 und 261 sowie entgegen der Marktrisikogrenze nach § 197 Abs. 2 KAGB dürfen nicht ausgeführt werden bzw. muss das Eskalationsverfahren ausgelöst werden.
- Verwahrstelle muss angemessene Überprüfungs- und Abgleichverfahren durchführen (Art. 92 Abs. 2 L2-VO)
- Kann sich **unabhängiger Prüfer** bedienen, die Kontrollen in den Systemen der KVG vornehmen
 - > Modell 1 und 2

Kontrollfunktion

Anlagegrenzprüfung

- **Modell 1:** jederzeitiger Zugriff auf Systeme der KVG
 - Vereinbarung von Zugangsrechten der Verwahrstelle
 - Regelmäßige Stichproben
 - Informationspflichten der KVG bei Änderung von System oder Datenqualität
- **Modell 2:** eigenes Fondsbuchhaltungssystem der Verwahrstelle
- **Andere** geeignete, nichttechnische Überprüfung möglich, wenn nur wenige Geschäftsvorfälle, bspw. in Sachwertfonds

Kontrollfunktion

Kontrolle von Vergütungen und Aufwendungsersatz

- OGAW: § 79 Abs. 1 KAGB
- AIF: Kontrolle der Zahlungsströme, § 83 Abs. 6 KAGB
- Verwaltungsvergütung, einschließlich der erfolgsabhängigen Vergütung, ist auf korrekte Berechnung zu prüfen
- Transaktionskosten und andere Aufwendungen sind zu plausibilisieren und auf rechnerische Richtigkeit zu prüfen

Marktgerechtigkeitskontrolle der Geschäfte über Vermögensgegenstände im Rahmen der allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle

Eskalationsprozess

Bei Verstoß gegen Gesetz oder Anlagebedingungen

- Verfahren und Schnittstellen festzulegen
- Differenzierung nach Art des Regelverstoßes
- Abstimmung KVG-Verwahrstelle über weiteres Vorgehen
- Bei Divergenzen muss BaFin informiert werden
- Dies gilt auch bei Auslagerungssachverhalten/Divisionslösung

Haftung

- Haftung der Verwahrstelle gegenüber Anlegern für **Abhandenkommen von Finanzinstrumenten** und für Verluste wegen **fahrlässigen Pflichtverletzungen** auch beim **Unterverwahrer**, es sei denn das Abhandenkommen beruht auf äußeren unabwendbaren Ereignissen
-> nicht mehr vertraglich abdingbar
- Haftung für Verluste beim Unterverwahrer kann **abbedungen** werden, wenn KVG dies vertraglich gestattet und Geltendmachung von Ansprüchen der KVG oder des Fonds direkt gegen den Unterverwahrer vereinbart wird
- U.U. **Verzicht** auf Haftung durch ausländische alternativlose Unterverwahrer möglich, wenn dies in den Anlagebedingungen vorgesehen ist

Abwicklung

§ 100 KAGB:

- Mit Wirksamkeit der Kündigung des Verwaltungsrechts für ein Sondervermögen durch eine KVG gehen **Rechte und Pflichten** auf die Verwahrstelle über.
- Die Verwahrstelle kann das Verwaltungsrecht auf eine andere KVG übertragen oder
- sie muss das **Investmentvermögen abwickeln.**

Verwaltungspraxis

- **Rundschreiben 6/2010 (WA)** zu den Aufgaben und Pflichten der Depotbank nach den §§ 20 ff. InvG ist vorerst weiterhin entsprechend anzuwenden.
- Der Arbeitskreis Verwahrstellen mit Verbandsvertretern und Unternehmensemissären hat seit November 2013 über den Inhalt eines neuen **Verwahrstellenrundschreibens** diskutiert. Dieses wird zur Konsultation gestellt, sobald Klarheit über die Linie der EU in der Frage der Vermögenstrennung auf Unterverwahrebene herrscht.
- **Merkblatt für Treuhänder** als alternative Verwahrstelle nach § 80 Abs. 3 KAGB für bestimmte geschlossene Fonds wurde im Juli 2013 veröffentlicht.

Vielen Dank!

- Hans-Georg Carny
- Referat WA 41
- 0228/4108-3351