

## **FMA – Mitteilung 2016/1**

Mitteilung betreffend die Anforderungen und Pflichten in Zusammenhang mit der Verwahrstellenfunktion für AIF und OGAW

Referenz:	FMA-M 2016/1
Adressaten:	Verwahrstellen, AIFM und Verwaltungsgesellschaften nach folgenden Gesetzen: <ul style="list-style-type: none"><li>● AIFMG</li><li>● UCITSG</li></ul>
Anwendbarkeit:	Die Adressaten haben den Anforderungen und Pflichten dieser Mitteilung ab dem 1. Januar 2017 nachzukommen.
Publikation:	FMA-Website
Erlass:	16. August 2016
Inkraftsetzung:	1. Oktober 2016
Letzte Änderung:	3. Juli 2018
Rechtliche Grundlagen:	<ul style="list-style-type: none"><li>● Art. 57 ff. AIFMG, Art. 1 Abs. 3 AIFMV</li><li>● Art. 32 ff. UCITSG, Art. 61 UCITSV</li><li>● Delegierte Verordnung (EU) 2016/438 (i.d.F.: Del. VO (EU) 2016/438)</li><li>● Delegierte Verordnung (EU) Nr. 231/2013 (i.d.F.: Del. VO (EU) Nr. 231/2013)</li></ul>
Anhänge:	<ul style="list-style-type: none"><li>● A1 FMA-M 2016/1</li></ul>

## 1. Einleitung

In Bezug auf die Verwahrung von Vermögenswerten sind mehrere verschiedene Finanzintermediäre involviert. Vor allem die Verwahrstelle nimmt aber für das Fondsgeschäft und insbesondere den Schutz der Anleger einen besonderen Stellenwert ein. Sie hat aufsichtsrechtlich deshalb eine so hohe Bedeutung, da sie im Vergleich zum Abschlussprüfer und zur Aufsicht durch die FMA sowohl zeitlich als auch sachlich die nächste Kontrollinstanz des Verwalters alternativer Investmentfonds (AIFM)/der Verwaltungsgesellschaft darstellt. Sie hat die Aufgabe, die laufende Tätigkeit des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft in Bezug auf die von ihr verwahrten Fondsvermögen in den aufsichtsrechtlich entscheidenden Details zeitnah zu begleiten, auf Vereinbarkeit mit dem liechtensteinischen und europäischen Fondsrecht sowie mit den vertraglichen Grundlagen des jeweiligen Fondsvermögens zu prüfen und den Bestand der Vermögenswerte vor Verlust zu sichern. Schwächen bei der Verwahr- und Kontrollfunktion der Verwahrstellen können durch Intensivierung der Aufsicht über Fonds nicht ausgeglichen werden und sind daher unter keinen Umständen hinnehmbar, denn es drohen erhebliche Risiken sowohl für die dieser Verwahrstelle anvertrauten Fondsvermögen als auch für die Standards der Branche insgesamt, wenn dadurch unangemessener Wettbewerbsdruck ausgelöst wird. Den AIFM, Verwaltungsgesellschaften 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.

Aufgrund der Annäherung der beiden Regime für Alternative Investmentfonds (AIF) und Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) auf europäischer Ebene und der damit einhergehenden Angleichung der liechtensteinischen Vorschriften ist es zweckmässig, die mit dieser Mitteilung aufgestellten Anforderungen grundsätzlich auf beide Rechtsregime anzuwenden. Im Falle unterschiedlicher gesetzlicher Vorgaben erfolgt auch in dieser Mitteilung eine Differenzierung anhand der einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes vom 19. Dezember 2012 über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFMG) i.d.g.F. und des Gesetzes vom 28. Juni 2011 über bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (UCITSG) i.d.g.F. sowie der dazugehörigen Verordnungen (AIFMV und UCITSV).

Diese Mitteilung gibt die Rechtsansicht der FMA zur Auslegung der Bestimmungen zur Verwahrstellenfunktion in den genannten Gesetzen wieder sowie legt die praktischen Erfordernisse für die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten fest. Soweit zugänglich, berücksichtigt diese Mitteilung auch die Auslegungshilfen, die von der ESMA in Form von Leitlinien oder Q&As und von der Kommission als verbindliche Normen in Level-II-Texten zur Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-RL) und zur Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), geändert durch die Richtlinie 2014/91/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 (UCITS-RL) erlassen werden. Zu diesen verbindlichen Rechtsakten zählt insbesondere die Delegierte Verordnung (EU) 2016/438 der Kommission vom 17. Dezember 2015 zur Ergänzung der Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die Pflichten der Verwahrstellen (Del. VO [EU] 2016/438) sowie die Delegierte 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, Hebefinanzierung, Transparenz und Beaufsichtigung (Del. VO [EU] Nr. 231/2013). Die Mitteilung ersetzt jedoch nicht die gesetzlichen Bestimmungen der einschlägigen Gesetze bzw. berührt nicht Pflichten, die sich aus anderen Gesetzen und FMA-Richtlinien oder FMA-Mitteilungen sowie den europäischen Vorgaben ergeben. Sie ist daher nicht als abschliessend zu betrachten.

## 2. Anforderungen an die Verwahrstelle

### 2.1 Geeignete Einrichtung und Genehmigung

Bei inländischen AIF sind die Aufgaben der Verwahrstelle gemäss Art. 57 AIFMG einer inländischen Bank oder einer inländischen Wertpapierfirma oder in bestimmten Fällen einem Treuhänder zu übertragen (siehe dazu Art. 21 Abs. 3 AIFM-RL):

- **Bank bzw. Wertpapierfirma i.S.d. BankG**  
Eine Bank nach liechtensteinischem Recht verfügt grundsätzlich über eine Vollbewilligung für das Betreiben von Bankgeschäften nach Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Banken und Wertpapierfirmen (BankG). Zu diesen Bankgeschäften gehört das Depotgeschäft (Art. 3 Abs. 3 Bst. c BankG) sowie die Wertpapiernebendienstleistung „Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten für Rechnung von Kunden, einschliesslich der Depotverwahrung und verbundener Dienstleistungen wie Cash-Management oder Sicherheitenverwaltung“ (Art. 3 Abs. 3 Bst. d i.V.m. Anhang 2 Abschnitt B Ziff. 1 BankG). Eine Bank mit Vollbewilligung ist daher grundsätzlich für die Verwahrung – auch für AIF und OGAW – zugelassen. Es bedarf in diesem Fall keiner gesonderten Bewilligung. Eine liechtensteinische Wertpapierfirma erbringt nach Art. 3 Abs. 2 BankG Wertpapier- und Nebendienstleistungen. Sie ist daher ebenso dem Grunde nach im Rahmen ihrer Vollbewilligung zur Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten für Rechnung von Kunden, einschliesslich der Depotverwahrung und verbundener Dienstleistungen wie Cash-Management oder Sicherheitenverwaltung (Anhang 2 Abschnitt B Ziff. 1 BankG) befugt.  
Sollten jedoch die speziellen Voraussetzungen für die Erfüllung der Pflichten der Verwahrstelle bei einer Bank oder einer Wertpapierfirma nicht oder nicht mehr vorliegen, kann die FMA die Bewilligung der Bank oder der Wertpapierfirma dementsprechend einschränken.  
Nichtsdestotrotz ist im Rahmen des Zulassungsverfahrens die Bestellung der Verwahrstelle für den konkreten AIF von der FMA gemäss Art. 17 bzw. Art. 21 AIFMG zu prüfen und gegebenenfalls zu genehmigen.
- **Inländische Zweigstelle einer EWR-Bank oder EWR-Wertpapierfirma**  
Entsprechend dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot muss auch eine inländische Zweigstelle einer EWR-Bank oder EWR-Wertpapierfirma als Verwahrstelle dienen können. Hierbei ist jedoch darauf zu achten, dass die europäischen Staaten unterschiedliche Verfahren bzgl. der Bewilligung einer Bank oder Wertpapierfirma als Verwahrstelle vorsehen. Es kann daher nur eine Zweigstelle einer EWR-Bank oder EWR-Wertpapierfirma, die in ihrem Heimatstaat für die Ausübung der Tätigkeit als Verwahrstelle zugelassen ist und diese Tätigkeit auch in Liechtenstein notifiziert hat, als Verwahrstelle für inländische AIF genehmigt werden.
- **Treuhänder i.S.d. TrHG**  
Nach dem Treuhändergesetz (TrHG) zugelassene Treuhänder und Treuhandgesellschaften kommen nach Art. 57 Abs. 3 Bst. c AIFMG nur für bestimmte Fondsvermögen als Verwahrstelle in Frage. Es muss sich dabei um Fonds handeln, welche gemäss ihrer Hauptanlagestrategie nicht in verwahrfähige Vermögenswerte i.S.d. Richtlinie 2011/61/EU (Art. 21 Abs. 8 Bst. a) investieren und bei denen innerhalb von fünf Jahren nach Tätigung der ersten Anlagen keine Rücknahmerechte ausgeübt werden können. Nicht verwahrfähig sind Vermögenswerte, welche nicht auf einem Konto für Finanzinstrumente verbucht werden (nicht verbuchungsfähige Finanzinstrumente) oder dem Treuhänder als Verwahrstelle physisch übergeben werden können.

Verwahrfähige Finanzinstrumente dürfen bei diesen Fonds nur in Ausnahmefällen und auch dann nur im Verhältnis zum Fondsvermögen in geringem Umfang erworben werden. Alternativ sind auch Fonds möglich, deren Hauptanlagestrategie auf die Investition in Emittenten oder

nicht börsennotierte Unternehmen mit dem Ziel der möglichen Kontrollerlangung gerichtet sind. Dabei muss der Treuhänder zudem sicherstellen, dass die Vermögenswerte bei einer Bank oder Wertpapierfirma oder einer inländischen Zweigstelle einer EWR-Bank oder EWR-Wertpapierfirma in Unterverwahrung liegen.

Der Treuhänder hat die organisatorischen Anforderungen an eine Verwahrstelle zu erfüllen, was im Rahmen der Zulassung des AIF von der FMA zu prüfen ist. Art. 17 bzw. Art. 21 AIFMG sind auch hierbei anwendbar.

- Der AIFM darf nicht als Verwahrstelle bestellt werden. Ebenso kann ein Primebroker keine Verwahrstellenfunktion wahrnehmen, es sei denn, er erfüllt die Voraussetzungen des Art. 57 Abs. 4 Bst. b AIFMG.

Für inländische OGAW kann gemäss Art. 32 Abs. 2 UCITSG nur eine inländische Bank oder Wertpapierfirma, eine inländische Zweigstelle einer EWR-Bank oder eine andere von der FMA prudentiell beaufsichtigte Person mit Sitz oder Niederlassung im Inland als Verwahrstelle bestellt werden (Art. 23 Abs. 2 UCITS-RL). Die Bestellung einer Verwahrstelle ist nach Art. 9 UCITSG eine Zulassungsvoraussetzung. Eine gesonderte Genehmigung ist nicht vorgesehen.

- Bank bzw. Wertpapierfirma i.S.d. BankG  
Das bei AIF Gesagte ist auch hier massgeblich.
- Inländische Zweigstelle einer EWR-Bank  
Das bei AIF Gesagte ist auch hier massgeblich.
- Von der FMA prudentiell beaufsichtigte inländische juristische Personen  
Diese Personen unterliegen strengen aus der UCITS-V-RL kommenden Voraussetzungen, die erfüllt werden müssen, um als Verwahrstelle tätig zu werden. Neben der Beaufsichtigung durch die FMA bilden insbesondere die Eigenmittel- und die organisatorischen Anforderungen das Hauptkriterium. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Anleger einem gleichwertigen Schutz unterstehen. Treuhänder i.S.d. TrHG können in Ermangelung der Erfüllung der Voraussetzungen nach Art. 32 Abs. 2 Bst. c UCITSG – insbesondere der Eigenmittelanforderungen i.S.d. Verordnung (EU) Nr. 575/2013 – nicht als Verwahrstelle für OGAW zugelassen werden.

## 2.2 Personelle Anforderungen

Art. 21 Abs. 2 Bst. b AIFMG und Art. 9 Abs. 2 Bst. b UCITSG sehen vor, dass die Zulassung eines AIF oder eines OGAW verweigert wird, wenn die Geschäftsleiter – oder im Falle eines AIF – andere verantwortliche Personen der Verwahrstelle nicht über ausreichende Erfahrung in Bezug auf die Art des zu verwaltenden AIF/OGAW verfügen. Darüber hinaus wird ein ausreichend guter Leumund verlangt. Für autorisierungspflichtige AIF gelten diese Anforderungen nicht.

Das Erfordernis eines ausreichend guten Leumunds der Geschäftsleitung ist eine laufende Voraussetzung für die Erteilung einer Bank- oder Wertpapierfirmabewilligung und ist in einem solchen Fall als erfüllt anzusehen, sofern der FMA keine neuen Erkenntnisse vorliegen. Ähnliches gilt bei prudentiell beaufsichtigten Personen, soweit der gute Leumund eine Bewilligungsvoraussetzung für ihre Primärtätigkeit darstellt. Entsprechendes gilt für Leiter einer Zweigstelle einer EWR-Bank oder EWR-Wertpapierfirma.

Über die allgemeinen Anforderungen hinaus fordern Art. 21 Abs. 2 Bst. b AIFMG und Art. 9 Abs. 2 Bst. b UCITSG eine ausreichende Erfahrung in Bezug auf die Art des zu verwaltenden AIF/OGAW. Hinsichtlich der Art des zu verwahrenden Fondstyps sind insbesondere die Kategorien der Art. 58 - 61 AIFMV zu beachten. Dabei kann grundsätzlich unterschieden werden in 1) liquide Assets; 2) illiquide Assets (hierbei insbesondere Immobilienfonds, Schiffonds, Flugzeugfonds, Erneuerbare Energien Fonds, Waldfonds,

Private Equity Fonds, Infrastrukturfonds, Zertifikatefonds); 3) Fonds mit erheblichem Einsatz von Hebelfinanzierung; sowie in eventu 4) weitere Konkretisierungen anhand der Aufschlüsselung der AIF-Anlagestrategien nach Anhang IV Del. VO (EU) Nr. 231/2013, insbesondere Hedgefonds.

Die Beurteilung bedarf einer Einzelfallentscheidung der FMA. In der Regel ist jedoch davon auszugehen, dass eine adäquate Berufserfahrung in entsprechender Position von drei Jahren ausreichend ist. Der AIFM bzw. die Verwaltungsgesellschaft hat der FMA daher gemeinsam mit dem Antrag auf Zulassung die verantwortliche Person mitzuteilen und gegebenenfalls die Nachweise für die Beurteilung deren Fähigkeiten beizubringen (z.B. Lebensläufe). Die Vorlage kann entfallen, wenn die Geschäftsleiter bereits für Fondsvermögen der gleichen Art verantwortlich sind. Hierbei ist von der FMA eine Gesamtschau vorzunehmen und sind insbesondere bereits erteilte Bewilligungen und dergleichen gebührend zu berücksichtigen.

### 2.3 Organisatorische Anforderungen

Die Verwahrstelle muss 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 Fondsvermögens und die uneingeschränkte Ausübung aller Kontrollfunktionen nach den gesetzlichen Vorgaben und unter Berücksichtigung der in dieser Mitteilung aufgestellten Grundsätze gewährleisten. Die hier genannten Nachweise sind der Revisionsstelle bei der jährlichen Überprüfung der Verwahrstelle zu übergeben. Die Revisionsstelle hat dies der FMA in ihrem Depotbankbericht entsprechend auszuweisen.

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. Dafür hat die Verwahrstelle ein Organigramm vorzulegen, aus dem die für die Verwahrstellenfunktion relevanten Bereiche und Mitarbeiter derart gekennzeichnet sind, dass der FMA alle zuständigen Personen erkennbar sind.

Zudem hat die Verwahrstelle Informationen über die technischen Mittel der innerhalb des Instituts für die Funktion als Verwahrstelle verantwortlichen Einheit, einschliesslich einer Beschreibung des verwendeten Informationssystems sowie eine Liste des Netzwerks von bestellten Unterverwahrern bereitzustellen.

Hier ist darauf hinzuweisen, dass die FMA aufgrund ihrer gesetzlichen Befugnisse generell ermächtigt ist, alle für die Erfüllung ihrer Aufsichtsfunktion notwendigen und erforderlichen Unterlagen jederzeit anzufordern.

Soll die Zweigstelle eines ausländischen Instituts als Verwahrstelle beauftragt werden und ist vorgesehen, dass einzelne Verwahrstellenaufgaben von einer Haupt- oder Schwesterniederlassung im Ausland wahrgenommen werden, so muss der AIFM/die Verwaltungsgesellschaft für einen Nachweis der Zweigstelle sorgen, dass die organisatorischen Vorkehrungen der ausländischen Niederlassung geeignet sind, die jeweiligen Verwahrstellenaufgaben im Einklang mit den liechtensteinischen Vorschriften wahrzunehmen.

Es dürfen aber keine Kernaufgaben der Verwahrstelle auf die ausländische Niederlassung übertragen werden, weil in diesem Fall ein Verstoß gegen Art. 57 Abs. 1 Bst. a AIFMG bzw. Art. 32 Abs. 2 UCITSG vorliegen würde, welche eine Verwahrstelle mit Sitz im Inland vorschreiben. So dürfen z.B. das Depotkonto oder das Bestandsverzeichnis über die nicht verwahrfähigen Vermögenswerte nicht von einer Niederlassung im Ausland geführt werden. Das Abwicklungskonto kann bei der Hauptniederlassung geführt werden, die Kontrolle der Zahlungsströme muss aber durch die Zweigstelle im Inland vorgenommen werden. Ferner muss die Kontrollfunktion als solche durch die Zweigstelle im Inland wahrgenommen werden. Es können lediglich Teilprozesse für die Durchführung der jeweiligen Kontrollaufgabe (z.B. die Bereitstellung der erforderlichen EDV-Systeme zur Prüfung der Einhaltung der Anlagegrenzen) auch von der im Ausland sitzenden Niederlassung durchgeführt werden (siehe Ziff. 8).

### 3. Verwahrstellenvertrag

Die Bestellung einer Verwahrstelle erfolgt mittels schriftlichem Vertrag, der insbesondere die Regeln zum Informationsaustausch enthält, die gewährleisten, dass die Verwahrstelle ihre gesetzlichen Aufgaben erfüllen kann (Art. 57 Abs. 2 AIFMG i.V.m. Art. 83 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 32 Abs. 1 UCITSG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 2 Del. VO (EU) 2016/438).

### 4. Verwahrung

Der Begriff der Verwahrung umfasst nicht nur das klassische „Aufbewahren“ von Vermögenswerten, sondern auch deren „Überwachung“. Die Verwahrstelle muss daher in der Lage sein, zum Ende jeden Geschäftstages eine vollständige Vermögensaufstellung bzw. Übersicht aller Vermögenswerte des Fonds zu erstellen. Von dieser grundsätzlich übertragbaren (siehe Ziff. 5) Aufgabe, sind die Kontrollpflichten der Verwahrstelle nach Art. 59 Abs. 2 AIFMG und Art. 33 Abs. 1 UCITSG zu unterscheiden (dazu siehe Ziff. 6).

In Bezug auf die Verwahrung von Vermögenswerten ist zwischen verwahrfähigen und nicht verwahrfähigen Vermögenswerten zu unterscheiden.

#### 4.1 Verwahrfähige Vermögenswerte

Als verwahrfähige Vermögenswerte gelten insbesondere Wertpapiere und sonstige Finanzinstrumente nach Anhang 2 Abschnitt C BankG und Art. 4 Abs. 1 Bst. g des Gesetzes über die Vermögensverwaltung (VVG). Derivate allerdings nur dann, wenn sie verbrieft sind.

Die Verwahrstelle muss die zum Fonds gehörenden Finanzinstrumente eindeutig identifizieren können und das Fondsvermögen von den eigenen und von Vermögenswerten anderer abgrenzen. Sie hat dazu gesonderte auf den Namen des Fonds oder des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft lautende Konten zu führen (vgl. Art. 59 Abs. 1 Bst. a AIFMG und Art. 33 Abs. 3 Bst. a UCITSG).

Grundsätzlich ist sicherzustellen, dass die Verwahrstelle bei Verfügungen über die Vermögenswerte vom AIFM/von der Verwaltungsgesellschaft eingebunden wird. Die Verwahrstelle selbst besitzt jedoch keine eigene Verfügungsgewalt, sondern darf nur über Weisung des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft handeln. Diese Weisung unterliegt der Rechtmässigkeitskontrolle (siehe Ziff. 6.2.).

Bei Verwahrung der Vermögenswerte hat die Verwahrstelle insbesondere die ordnungsgemässe Buchführung zu gewährleisten. Es müssen darüber hinaus organisatorische Vorkehrungen getroffen werden, um das Risiko eines Verlustes zu begrenzen. Bei einer Unterverwahrung hat ein regelmässiger Abgleich zwischen den Büchern der Verwahrstelle und des Unterverwahrers zu erfolgen (näheres zur Unterverwahrung siehe Ziff. 5). Die konkreten Pflichten ergeben sich unter anderem aus Art. 89 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 13 Del. VO (EU) 2016/438.

#### 4.2 Nicht verwahrfähige Vermögenswerte

Die Verwahrstelle hat ein aktuelles Verzeichnis über alle nicht verwahrfähigen Vermögenswerte des Fonds zu führen. Zu diesen Vermögenswerten gehören etwa nicht verbrieftete Vermögenswerte (z.B. als nicht verbrieftete Forderungen, Forderungen aus Zinsen, Darlehensforderungen oder Unternehmensbeteiligungen). Sie hat sich dabei zu versichern, dass die Vermögenswerte im Eigentum des Fonds oder des AIFM/der

Verwaltungsgesellschaft stehen. Hierbei hat sie entsprechend Art. 90 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 und Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 14 Del. VO (EU) 2016/438 geeignete Verfahren vorzusehen.

Um die Eigentumsverhältnisse ausreichend zu klären, ist der Verwahrstelle seitens des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft primär Zugang zu allen relevanten Informationen zu gewähren. Hierbei ist etwa an amtliche Eigentumsnachweise, Nachweise durch Rechtsgutachten oder Registerauszüge zu denken. Welche konkreten Nachweise erforderlich erscheinen, richtet sich nach dem jeweiligen Typ und der Art des Vermögenswertes. In diesem Zusammenhang muss eine frühzeitige Abstimmung über die geplanten Transaktionen sowie die dafür notwendigen Unterlagen und gegebenenfalls die vorgesehenen Expertisen Dritter stattfinden, damit unnötiger Zeit- und Kostenaufwand nach Möglichkeit vermieden werden. Unabhängig von konkreten Transaktionen sind die Eigentumsverhältnisse regelmässig, mindestens jedoch einmal jährlich, zu überprüfen. Soweit die vom AIFM/von der Verwaltungsgesellschaft beigebrachten Unterlagen nicht ausreichen, um die Eigentumslage zur hinreichenden Überzeugung der Verwahrstelle zu belegen, verlangt sie vom AIFM/von der Verwaltungsgesellschaft weitere Unterlagen oder holt, wenn nötig, anhand eigenständiger Einschaltung Dritter auch externe Nachweise ein.

#### 4.3 Überwachung des Cashflows

Die Verwahrstelle muss zu jeder Zeit einen vollständigen und klaren Überblick über alle ein- und ausgehenden Barmittelströme des von ihr verwahrten Fonds haben. Dabei müssen die Geldkonten des Fonds nicht notwendigerweise bei der Verwahrstelle geführt werden, sondern können auch bei einem Institut nach Art. 86 Bst. a Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 9 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 Bst. a Del. VO (EU) 2016/438 bestehen.

Werden die Geldkonten bei einem anderen Institut geführt, so sind geeignete Massnahmen vorzusehen, um der Verwahrstelle den Zugang zu den für die Überwachung des Cashflows notwendigen Informationen zu sichern. Dazu kann beispielsweise vereinbart werden, dass der AIFM/die Verwaltungsgesellschaft nur unter Mitwirkung der Verwahrstelle über das Konto verfügen kann. Grundsätzlich unterliegen Verfügungen über ein Geldkonto bei der Verwahrstelle wie auch bei Dritten stets der Rechtmässigkeitskontrolle.

### 5. Unterverwahrung

Im Gegensatz zu den Kontrollaufgaben darf die Verwahrstelle ihre Verwahrungsaufgaben gemäss Art. 60 AIFMG und Art. 34 UCITSG an Dritte übertragen. Dabei sind die Kriterien der genannten Artikel einzuhalten. Insbesondere muss der Unterverwahrer laufend wirksam durch dafür zuständige staatliche Stellen beaufsichtigt werden, gewisse Mindestkapitalanforderungen erfüllen und einer regelmässigen Wirtschaftsprüfung unterliegen. Grundsätzlich werden diese Voraussetzungen innerhalb des EWR nur von jenen Unternehmen erfüllt, die vom AIFM/von der Verwaltungsgesellschaft selbst als Verwahrstelle bestellt werden könnten oder als Zentralverwahrer nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 16 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 zugelassen sind. Hierzu ist der Nachweis der Bewilligung im jeweiligen EWR-Staat ausreichend. Wird ein Unterverwahrer in einem Drittstaat bestellt, sind grundsätzlich alle Voraussetzungen einzeln nachzuweisen, es sei denn, der Drittstaat wird seitens der Europäischen Union als gleichwertig in Bezug auf die Aufsichts- und Regulierungsanforderungen anerkannt.

Zur Bestellung eines Unterverwahrers ist ein schriftlicher Verwahrstellenvertrag abzuschliessen, der sinngemäss den Anforderungen der Art. 57 Abs. 2 AIFMG i.V.m. Art. 83 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 32 Abs. 1 UCITSG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 2 Del. VO (EU) 2016/438 entspricht. Zusätzlich zu diesen Erfordernissen ist bei Unterverwahrern aus Drittstaaten eine Ausstiegsklausel für den Fall aufzunehmen, dass die gesetzlichen Konkursvorschriften oder die Rechtsprechung dazu die Trennung der Vermögenswerte des Fonds und des Unterverwahrers nicht länger anerkennen oder sonstige Voraus-

setzungen durch den Unterverwahrer oder die rechtlichen Gegebenheiten des Drittstaates nicht mehr erfüllt sind. Der Unterverwahrungsvertrag ist der FMA auf deren Verlangen zur Kenntnis vorzulegen.

Daneben sind insbesondere untenstehende Regelungen zur Verwahrung der Vermögenswerte durch den Unterverwahrer und zur Auswahl des Unterverwahrers einzuhalten.

## 5.1 Trennungspflicht

Art. 60 Abs. 2 Bst. e Ziff. 3 AIFMG i.V.m. Art. 99 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 34 Abs. 3 Bst. c UCITSG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 16 Del. VO (EU) 2016/438 statuieren die Pflicht des Unterverwahrers, die Vermögenswerte der Kunden getrennt von jenen der Verwahrstelle und von seinen eigenen zu halten. Die Vermögenswerte der Kunden müssen jederzeit identifizierbar sein. Art. 99 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 und Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 16 Del. VO (EU) 2016/438 konkretisieren die Trennungspflicht entsprechend. Zusammengefasst kann auf der Ebene des Unterverwahrers grundsätzlich zwischen fünf Kategorien von Vermögenswerten unterschieden werden: 1) Vermögenswerte des AIF der Verwahrstelle, 2) Vermögenswerte des OGAW der Verwahrstelle, 3) eigene Vermögenswerte, 4) Vermögenswerte der eigenen Kunden, 5) Vermögenswerte der Verwahrstelle.

Durch die gesetzlichen Vorgaben ergibt sich für den Unterverwahrer nunmehr die Pflicht, zumindest drei verschiedene Konten zu führen: 1) Vermögenswerte der Kunden der Verwahrstelle, 2) eigene Vermögenswerte der Verwahrstelle und 3) eigene Vermögenswerte des Unterverwahrers. Hierbei dürfen in Konto 1) Vermögenswerte verschiedener AIFs, OGAWs oder anderer Kundenbestände derselben Verwahrstelle gemeinsam geführt werden (sog. Omnibuskonto). Der Unterverwahrer hat durch eine geeignete Buchführung sicherzustellen, dass die Vermögenswerte der einzelnen AIFs und/oder OGAWs der Verwahrstelle jederzeit eindeutig dem Omnibuskonto mit den Kundenbeständen der Verwahrstelle zuordenbar sind. Ein Abgleich zwischen den Beständen der Verwahrstelle und jenen des Unterverwahrers muss so häufig wie nötig durchgeführt werden, und zwar unabhängig von der Handelsfrequenz des betreffenden AIFs oder OGAWs. Eine Wiederverwendung der Vermögenswerte ist im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen und einschlägigen rechtlichen Bestimmungen zulässig. Die Vermögenswerte müssen zudem vor den Auswirkungen einer Insolvenz ausreichend geschützt werden (Art. 99 Abs. 2 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 34 Abs. 3 Bst. d UCITSG). Die konkreten Anforderungen an den Schutz vor einer drohenden Insolvenz des Unterverwahrers sind insbesondere in Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 17 Del. VO (EU) 2016/438 genauer ausgeführt.

Nicht als Übertragung an Dritte angesehen wird die Erbringung von Dienstleistungen i.S.d. Gesetzes über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (FinalitätsG) durch Wertpapierliefer- und -abrechnungssysteme für eine Verwahrstelle (siehe Art. 60 Abs. 1 AIFMG und Art. 34 Abs. 6 UCITSG). Wird jedoch die Verwahrung von Vermögenswerten übernommen, handelt es sich dabei nicht um „Dienstleistungen i.S.d. Finalitätsgesetzes“. Ausserhalb des eng begrenzten sachlichen Anwendungsbereichs dieser Ausnahme gelten daher alle Pflichten zur Trennung uneingeschränkt. Eine funktionale Betrachtungsweise ist somit geboten.

## 5.2 Due Diligence

Entsprechend den gesetzlichen Vorgaben der Art. 60 Abs. 2 Bst. c und d AIFMG und Art. 98 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 34 Abs. 2 Bst. c UCITSG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 15 Del. VO (EU) 2016/438 hat die Auswahl der Unterverwahrer mit gebotener Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit zu erfolgen und sind diese laufend zu überwachen. Die Voraussetzungen sind auf jeder Unterverwahrstufe zu erfüllen.

Handelt es sich beim Unterverwahrer um eine EWR-Bank oder EWR-Wertpapierfirma, so kann grundsätzlich von einer sorgfältigen Auswahl ausgegangen werden. Eine gesonderte Prüfung ist allerdings erforderlich, sofern der Verwahrstelle Informationen vorliegen, die auf etwaige organisatorische oder finanzielle Missstände schliessen lassen. Treffen diese Informationen zu, ist von einer Bestellung abzusehen. Bei Unterverwahrern aus Drittstaaten ist jedenfalls eine Due-Diligence-Prüfung vorzunehmen, es sei denn, der Drittstaat, aus dem die Bank oder Wertpapierfirma stammt, wurde von der Europäischen Union als gleichwertig anerkannt. Dabei sind insbesondere solche Kriterien, wie sie etwa in Art. 84 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 festgehalten sind, heranzuziehen. Zusätzlich ist ein Rechtsgutachten über die Vollstreckbarkeit der vertraglichen Bestimmungen bei Insolvenz des Unterverwahrers vorzulegen. Die Gutachterperson muss facheinschlägig und unabhängig von der Verwahrstelle oder dem Unterverwahrer sein. Es kann hier auch in eventu auf Gutachten von einschlägigen Interessenverbänden zurückgegriffen werden. Ausgenommen sind lediglich Zentralverwahrer aus Drittstaaten, sofern sie von der Europäischen Union als gleichwertig anerkannt wurden.

Die Verwahrstelle muss ein ordnungsgemäss dokumentiertes Verfahren in Bezug auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten bei Auswahl und laufender Kontrolle über den Unterverwahrer einrichten. Zusätzlich zu den Verfahrensvorgaben des Art. 98 Abs. 2 und 3 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 und des Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 15 Abs. 2 und 3 Del. VO (EU) 2016/438 sind insbesondere allgemeine Informationen über den Unterverwahrer (Rechtsform, Gründungsdatum, Nationalität, Gesellschaftskapital udgl.) sowie – soweit zugänglich – die berufliche Reputation der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleiter des Unterverwahrers einzuholen. Der Unterverwahrer muss jedenfalls über Strukturen und Sachverstand verfügen, die zur Art und Komplexität der Vermögenswerte, für die er betraut werden soll, in einem angemessenen Verhältnis stehen. Darüber hinaus müssen die Regelungen über die Vermeidung von Interessenkonflikten auch in Bezug auf jeden Unterverwahrer eingehalten werden.

### 5.3 Verwahrketten

Unterverwahrer können nach Art. 60 Abs. 3 AIFMG i.V.m. Art. 99 Abs. 3 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 34 Abs. 5 UCITSV i.V.m. Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 16 Abs. 2 Del. VO (EU) 2016/438 selbst weitere Unterverwahrer mit ihren Aufgaben betrauen. Dabei hat jeder Unterverwahrer den gesetzlichen und dieser Mitteilung entstammenden Voraussetzungen zu entsprechen. Die Verwahrstelle hat insbesondere eine jährliche Bestätigung über die Einhaltung der organisatorischen Voraussetzungen und der Sorgfaltspflichten von jedem Unterverwahrer – entweder direkt von allen Unterverwahrern der Verwahrkette oder indirekt über ihren unmittelbaren Unterverwahrer – einzuholen. Es ist sicherzustellen und ausreichend zu dokumentieren, dass die Verwahrstelle gegenüber jedem Unterverwahrer die ihr zustehenden Informations- und Weisungsrechte direkt oder indirekt ausüben kann.

Folglich ist hierbei ein schriftlicher Verwahrstellenvertrag abzuschliessen. Die Verwahrstelle muss jederzeit angeben können, wo welche Vermögenswerte liegen und hat dies auch entsprechend zu dokumentieren. Dies kann gegebenenfalls durch Kopien der jeweiligen Vereinbarungen mit allen eingebundenen Unterverwahrern in der Verwahrkette oder in anderer geeigneter Weise erfüllt werden.

Sollte ein Unterverwahrer innerhalb der Verwahrkette den Abschluss einer derartigen Vereinbarung verweigern und stehen der Verwahrstelle aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen keine anderen Verwahrungsmöglichkeiten zur Verfügung, hat die Verwahrstelle dies nachvollziehbar zu dokumentieren sowie unverzüglich dem AIFM/der Verwaltungsgesellschaft mitzuteilen. Diese hat diesen Umstand im Rahmen ihres Risikomanagements als Teilaspekt eines möglichen Verwahrerisikos zu berücksichtigen.

Unterverwahrer innerhalb der Verwahrkette haben ebenfalls für eine Trennung der Vermögenswerte von Eigen- und Kundenbeständen zu sorgen. Dabei können Omnibuskonten geführt werden, welche die Kundenbestände aus Sicht des jeweils vorangehenden Unterverwahrers widerspiegeln (z.B. können sämtliche

Kundenbestände des Unterverwahrers 1 in Omnibuskonten auf Ebene des Unterverwahrers 2 gesammelt verwahrt werden).

## 6. Kontrollpflichten

Neben der Verwahrung der Vermögenswerte hat die Verwahrstelle auch diverse Kontrollpflichten (siehe dazu Art. 59 Abs. 2 AIFMG i.V.m. Art. 92 ff. Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 33 UCITSG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Del. VO (EU) 2016/438). Für die Ausübung der Kontrollpflichten ist eine entsprechende Information der Verwahrstelle durch den AIFM/die Verwaltungsgesellschaft notwendig (Art. 92 Abs. 4 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 3 Abs. 4 Del. VO (EU) 2016/438). Dies muss auch im Verwahrstellenvertrag sichergestellt sein (Art. 83 Abs. 1 Bst. g Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Bst. f Del. VO (EU) 2016/438). Hinsichtlich der Pflichten der Verwahrstelle im Zusammenhang mit der Bewertung von Anteilen und der Ausführung von Anweisungen sind neben den gesetzlichen Vorgaben auch die folgenden Ausführungen zu beachten.

### 6.1 Pflichten im Zusammenhang mit der Bewertung von Anteilen

Nach Art. 59 Abs. 2 Bst. b AIFMG i.V.m. Art. 94 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 33 Abs. 1 Bst. b UCITSG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 3 und Art. 5 Del. VO (EU) 2016/438 hat die Verwahrstelle sicherzustellen, dass die Berechnung der Werte der Anteile nach den massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen und den konstituierenden Dokumenten erfolgt. Klarzustellen ist hierbei, dass die primäre Pflicht zur Berechnung der Anteile beim AIFM/bei der Verwaltungsgesellschaft gelegen ist und die Verwahrstelle keine systematische Neuberechnung der Anteile vorzunehmen hat. Vielmehr hat die Verwahrstelle ein angemessenes System einzusetzen, mit dem sie insbesondere die Plausibilität der Bewertung überprüfen kann (Art. 71 Abs. 3 Del. VO (EU) Nr. 231/2013). Sie hat dazu ein ihr geeignet erscheinendes Verfahren zu wählen und kann etwa auch jenes verwenden, das bei Kontrolle der Anlagegrenzen angewandt wird, sofern es der Verwahrstelle zweckmässig erscheint.

### 6.2 Pflichten hinsichtlich der Ausführung von Anweisungen

Die Verwahrstelle muss grundsätzlich den Weisungen des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft nachkommen (Art. 59 Abs. 2 Bst. c AIFMG sowie Art. 33 Abs. 2 UCITSG). Diese Pflicht liegt nicht vor, wenn die Weisungen gegen die gesetzlichen Bestimmungen oder die konstituierenden Dokumente verstossen. Diesbezüglich hat die Verwahrstelle Verfahren zu schaffen, um eine Rechtmässigkeitskontrolle auszuüben (Art. 95 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 6 Del. VO (EU) 2016/438). Diese Kontrollpflicht besteht insbesondere bei allen verbindlichen Aufforderungen des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft an die Verwahrstelle, sofern die Anweisungen unmittelbare Auswirkung auf den Bestand der bei der Verwahrstelle verwahrten Vermögenswerte oder die Geldkonten des AIF/OGAW zeitigen. Keine Rechtmässigkeitskontrolle ist vorzunehmen bei Weisungen an die Verwahrstelle aufgrund anderer gesetzlicher oder vertraglich begründeter Beziehungen mit dem AIFM/der Verwaltungsgesellschaft, z.B. im Rahmen von Auslagerungsverträgen oder als Stimmrechtsvertreter. Generell kann der AIFM/die Verwaltungsgesellschaft keine Weisung aussprechen, die den exklusiven Wirkungsbereich der Verwahrstelle betrifft. In diesem Fall handelt die Verwahrstelle nämlich unabhängig und ausschliesslich im Interesse der Anleger.

Zu beachten sind im Rahmen der Rechtmässigkeitskontrolle sowohl die relevanten gesetzlichen Regelungen des AIFMG oder des UCITSG, alle dazu erlassenen Verordnungen sowie Vorschriften und Auslegungshilfen der FMA ebenso wie die betreffenden europäischen Vorgaben. Auch alle sonstigen schriftlichen Vereinbarungen zwischen dem AIF/AIFM sowie dem OGAW/der Verwaltungsgesellschaft und der Verwahrstelle sind zu berücksichtigen. Dies gilt ebenfalls für die Satzung bei OGAWs in der Rechtsform der Investmentgesellschaften. Aus teleologischer Sicht ist die Rechtmässigkeitskontrolle aber weit zu verstehen und hat alle weiteren Rechtsvorschriften einzubeziehen, die dem Anlegerschutz dienen. Damit sind etwa strafrechtliche Normen oder insbesondere Vorschriften zur Verhinderung von Geldwäsche inbegriffen.

Grundsätzlich hat die Rechtmässigkeitskontrolle bei der Abwicklung des jeweiligen Geschäfts zu erfolgen, da die Verwahrstelle in der Regel noch nicht beim Verpflichtungsgeschäft eingebunden ist. Die zeitliche Vornahme der Rechtmässigkeitskontrolle richtet sich nach der Art des Geschäfts. Bei nicht verwahrfähigen Vermögenswerten besteht in der Regel eine entsprechende Vorlaufzeit für den Abschluss des Geschäfts, in der die Verwahrstelle frühzeitig über die Geschäftsbedingungen informiert werden kann und diese daher schon in diesem Stadium die Kontrolle der Rechtmässigkeit vornehmen kann. Bei anderen Geschäften (wie etwa beim Kauf von Wertpapieren oder Geldmarktinstrumenten) ist in der Praxis eine Vorabkontrolle nur schwer möglich, sodass eine Rechtmässigkeitskontrolle möglichst zeitnah auch nach Abwicklung des Geschäfts zulässig ist. Jedenfalls muss die Verwahrstelle ein Verfahren vorsehen, um ex post nachprüfen zu können, ob der AIFM/die Verwaltungsgesellschaft die geltenden Bestimmungen eingehalten hat und in eventu ein Eskalationsverfahren einzuleiten.

Der Umfang der Kontrollpflicht der Verwahrstelle sowie die Tiefe der Überprüfung durch die Verwahrstelle muss verhältnismässig zum Nutzen der Anleger und damit wirtschaftlich vertretbar sein. Gegebenenfalls hat der AIFM/die Verwaltungsgesellschaft der Verwahrstelle auf Anfrage zusätzliche Informationen sowie Schlussfolgerungen zur rechtlichen Einordnung eines Produktes (etwa bei strukturierten Produkten) zur Verfügung zu stellen. Eine Zweckmässigkeitskontrolle der Handlungen des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft ist nicht vorzunehmen.

Für Weisungen ist kein besonderes Formerfordernis vorgesehen. Um die Nachweisbarkeit der Weisung im Eskalationsfall zu gewährleisten, sind jedoch eine schriftliche Dokumentation der Weisung und deren Umsetzungsmassnahmen unbedingt zu empfehlen.

## **7. Unabhängigkeitsgebot und Vermeidung von Interessenkonflikten**

Art. 59 Abs. 3 und 4 AIFMG sowie Art. 32 Abs. 4 und 5 UCITSG statuieren ein Unabhängigkeitsgebot der Verwahrstelle und das Gebot der Vermeidung von Interessenkonflikten. Die Unabhängigkeit der Verwahrstelle ist grundsätzlich durch eine strikte Aufgabentrennung zwischen AIFM/Verwaltungsgesellschaft und Verwahrstelle gekennzeichnet. Dennoch ist es möglich, Aufgaben des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft auf die Verwahrstelle zu übertragen. Dies gilt auch für administrative Tätigkeiten nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. 43 AIFMG (Anhang I Abs. 2 AIFM-RL sowie Anhang II UCITS-RL), wie z.B. die Anteilsausgabe und -rücknahme und die Anteilskontenführung. Die Übernahme solcher Tätigkeiten durch die Verwahrstelle ist jedoch nur dann durch den Verwahrstellenvertrag gedeckt, solange es um die technische Abwicklung geht. Die grundsätzliche Entscheidung über die Aufnahme, den Umfang und die Einstellung der Anteilsausgabe bzw. -rücknahme ist originäre Aufgabe des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft und deren Delegation bedarf daher einer eigenen Vereinbarung wie z.B. eines Auslagerungsvertrags. Damit ist gewährleistet, dass der AIFM/die Verwaltungsgesellschaft für die Überwachung der ausgelagerten Tätigkeiten verantwortlich bleibt.

Grundsätzlich ist jedoch sicherzustellen, dass keine Interessenkonflikte entstehen können. Das wird bereits gesetzlich insbesondere durch eine strenge funktionale und hierarchische Trennung der für die jeweiligen Aufgaben zuständigen Abteilungen der Verwahrstelle vorgesehen. Eine gegenseitige Vertretung zwischen den Abteilungen ist weder auf noch unterhalb der Führungsebene zulässig. Die Aufgaben sind insbesondere klar zuzuteilen und schriftlich zu dokumentieren. Die Verwahrstelle hat Prüfungshandlungen des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft bzw. deren Revision in Bezug auf die ausgelagerten Tätigkeiten zu dulden.

Besteht zwischen der Verwahrstelle und dem AIFM/der Verwaltungsgesellschaft eine spezielle gesellschaftsrechtliche Verbindung, müssen zusätzliche Vorkehrungen getroffen werden, um Interessenkonflikte zu verhindern.

Jedenfalls sind potenzielle Interessenkonflikte zu ermitteln, zu steuern, zu beobachten und den Anlegern des AIF/OGAW offenzulegen.

Ein absolutes Verbot besteht aber für die komplette Auslagerung der Anlageverwaltung als Hauptaufgabe des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft. Dieses Verbot besteht auch auf allen weiteren Ebenen der Verwahrkette. Somit ist auf allen Stufen der Unterverwaltung eine funktionale und hierarchische Trennung der Anlageverwaltung und der Verwahraufgaben zu gewährleisten und von der Verwahrstelle auch sicherzustellen.

## **8. Auslagerung**

Eine Auslagerung von Tätigkeiten der Verwahrstelle an Dritte ist, wie oben dargelegt, nur in Bezug auf die gesetzlich determinierten Fälle möglich (Art. 60 AIFMG und Art. 34 UCITSG). Insbesondere darf die Verwahrstelle 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.

## **9. Eskalationsverfahren**

Für den Fall, dass die Verwahrstelle im Zuge ihrer Pflichten Unregelmässigkeiten oder Verstösse feststellt, hat sie ein Eskalationsverfahren zu definieren. Sie hat hierbei die konkreten Schritte, insbesondere die Unterrichtung des AIF/OGAW und des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft sowie die zu kontaktierenden Personen, festzulegen. Je nach Regelverstoß ist das Verfahren unterschiedlich auszugestalten. Dazu sind insbesondere die Art. 90 Abs. 4, Art. 92 Abs. 3, Art. 95 Bst. b Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 3 Abs. 3, Art. 6 Bst. b und Art. 14 Abs. 4 Del. VO (EU) 2016/438 zu beachten.

Der AIFM/die Verwaltungsgesellschaft hat die Verwahrstelle im Rahmen dieses Eskalationsverfahrens von den von ihr getroffenen oder beabsichtigten Massnahmen zu unterrichten. Sind diese Massnahmen aus Sicht der Verwahrstelle nicht ausreichend oder hegt die Verwahrstelle Einwände gegen diese Massnahmen, so hat die Verwahrstelle umgehend die FMA zu informieren. Diese Informationspflicht besteht auch dann, wenn die Massnahmen nicht fristgerecht umgesetzt wurden.

Hat der AIFM/die Verwaltungsgesellschaft Aufgaben an die Verwahrstelle ausgelagert, ist nicht nur jene Abteilung der Verwahrstelle zu kontaktieren, die die Aufgaben des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft übernommen hat, sondern auch der AIFM/die Verwaltungsgesellschaft selbst. Hierbei sind ebenso die zu kontaktierenden Personen im Vorhinein festzulegen.

## **10. Informationspflichten des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft**

Damit die Verwahrstelle ihre Verwahraufgaben ordnungsgemäss ausüben kann, ist sie bei bestimmten Sachverhalten auf die Mitwirkung des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft angewiesen. Der AIFM und die Verwaltungsgesellschaft sind daher verpflichtet, der Verwahrstelle sämtliche aus ihrer Sphäre stammenden Informationen unverzüglich zu übermitteln, die die Verwahrstelle für ihre ordnungsgemässe Tätigkeit als Verwahrstelle bedarf. Dies ist explizit in Art. 92 Abs. 4 Del. VO (EU) Nr. 231/2013 sowie Art. 61 Abs. 1 UCITSV i.V.m. Art. 3 Abs. 4 Del. VO (EU) 2016/438 geregelt. Damit die Verwahrstelle z.B. ihre Kontrollfunktion wie vorgeschrieben wahrnehmen kann, benötigt sie alle für die Wahrnehmung der Kontrollfunktion relevanten vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem AIFM/der Verwaltungsgesellschaft und dem Anleger oder zwischen dem AIFM/der Verwaltungsgesellschaft und einem Dritten (z.B. Beratungsvergütungen).

Die Pflicht zur Information, die Art und Weise sowie der Zeitpunkt sind unter Berücksichtigung der hier aufgestellten Grundsätze im Verwahraufgabenvertrag zu konkretisieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn

der AIFM/die Verwaltungsgesellschaft und die Verwahrstelle in unterschiedlichen Mitgliedstaaten domiziliert sind.

## **11. Informationspflichten der Verwahrstelle**

Nach Art. 63 AIFMG und Art. 32 Abs. 3 UCITSG hat die Verwahrstelle der FMA alle von der FMA als notwendig erachteten Informationen zu übermitteln. Die als Verwahrstellen tätigen Institute bzw. Finanzintermediäre unterliegen der Aufsicht der FMA und sind daher bereits nach den entsprechenden Spezialgesetzen der FMA gegenüber zur Information verpflichtet. Zusätzlich dazu hat die Verwahrstelle der FMA alle Änderungen in Bezug auf die der Bestellung zugrundeliegenden Informationen unaufgefordert mitzuteilen.

## **12. Dokumentation**

Die Verwahrstelle hat nachvollziehbar schriftlich zu dokumentieren, dass sie die in dieser Mitteilung geltenden Pflichten erfüllt. Die Einhaltung dieser Pflichten ist bei Banken und Wertpapierfirmen durch die spezialgesetzliche Revisionsstelle im Rahmen ihrer Prüfung nach Art. 11 BankG zu kontrollieren. Für Treuhänder als Verwahrstelle nach Art. 57 Abs. 3 Bst. c AIFMG hat dies durch deren nach den Voraussetzungen des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR) bestellte gesetzliche Revisionsstelle zu erfolgen. In jedem Fall ist die FMA als Aufsichtsbehörde zur jederzeitigen Durchführung einer Kontrolle berechtigt.

## **13. Änderungsverzeichnis**

Am 11. September 2017 wurden folgende Änderungen vorgenommen:

- Anpassung der Verweise infolge der Ersetzung der relevanten Bestimmungen der AIFMV durch die Del. VO (EU) Nr. 231/2013

Am 3. Juli 2018 wurden folgende Änderungen vorgenommen:

- Klarstellung, dass verbrieftes Derivate als verwahrfähige Vermögenswerte gelten
- Erleichterungen hinsichtlich der Trennungspflicht nach der ESMA Opinion on asset segregation and application of depositary delegation rules to CSDs vom 12. Juli 2017 (ESMA34-45-277)
- Aufhebung Pflicht zur Zustimmung zur weiteren Unterverwahrung

## **14. Schlussbestimmungen**

### **14.1 Inkraftsetzung**

Diese Mitteilung wurde von der Geschäftsleitung der FMA am 16. August 2016 erlassen und trat am 1. Oktober 2016 in Kraft.

Die Änderungen vom 3. Juli 2018 treten mit 3. Juli 2018 in Kraft.

### **14.2 Anwendbarkeit**

Die Adressaten dieser FMA-Mitteilung haben die hier dargelegten Anforderungen spätestens bis zum 31. Dezember 2016 umzusetzen, sodass die volle Geltung dieser Mitteilung ab dem 1. Januar 2017 gewährleistet ist.



FMA

## Anhang A1

### **Informationen und Unterlagen bei Antrag auf Zulassung eines AIF/OGAW in Bezug auf die Bestellung der Verwahrstelle**

1. Name des Geschäftsführers bzw. im Falle eines AIF des Verantwortlichen für die Verwahrstelle;
2. Nachweise eines guten Leumunds, sofern dies nicht bereits bei der Bewilligung der Verwahrstelle selbst geprüft wurde;
3. Nachweise zur ausreichenden einschlägigen Erfahrung zur jeweils zu verwahrenden Fondskategorie in Form von:
  - a) Bestätigungen über Aus- und Weiterbildungen;
  - b) Angaben zur praktischen Erfahrung;
4. Darstellung der organisatorischen Vorkehrungen einschliesslich der personellen Struktur und Ausstattung, etwa in Form eines Organigramms;
5. Verwahrstellenvertrag;
6. Darstellung des Eskalationsverfahrens;

im Falle der Auslagerung von Aufgaben des AIFM/der Verwaltungsgesellschaft an die Verwahrstelle:

7. einen Auslagerungsvertrag, in dem die genannten Tätigkeiten ausdrücklich genannt werden;
8. einen Nachweis über die funktionale und hierarchische Trennung der zuständigen Abteilungen der Verwahrstelle;

im Falle der Bestellung eines Unterverwahrers:

9. Nachweise zur Due Diligence-Prüfung.