

## BaFin klärt Aufgabenverteilung zwischen AIF und Kapitalverwaltungsgesellschaft

11. Januar 2018

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat am 21. Dezember 2017 eine Auslegungsentscheidung veröffentlicht. Darin erläutert sie, welche Aufgaben und Kompetenzen bei extern verwalteten AIF in Gesellschaftsform der Verwaltungsgesellschaft obliegen, welche bei dem AIF verbleiben können und welche im Namen des AIF auf Dritte übertragen werden können.

### Keine Organstellung

Die Bestellung einer externen Kapitalverwaltungsgesellschaft erfolgt durch einen Verwaltungsvertrag zwischen AIF und Kapitalverwaltungsgesellschaft. Die externe Kapitalverwaltungsgesellschaft wird durch die Bestellung nicht zum Organ der Investmentgesellschaft. Das hat das Oberlandesgericht München (Urteile vom 1. Oktober 2015 - 23 U 1570/15 - und vom 29. Oktober 2015 - 23 U 2093/15)

klargestellt und diese zivilrechtliche Lage wird, anders als noch im ersten Entwurf, nun auch von der BaFin akzeptiert. Sie weist zu Recht darauf hin, dass die externe Kapitalverwaltungsgesellschaft zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben eine rechtsgeschäftliche Vollmacht benötigt, wie sie regelmäßig im Verwaltungsvertrag des AIF erteilt wird. Dieses Rechtsgeschäft wird zwischen dem AIF (vertreten durch den Vorstand bei der Investmentaktiengesellschaft oder den Komplementär bei der Investmentkommanditgesellschaft) und der Kapitalverwaltungsgesellschaft abgeschlossen.

Eine Bestellung der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft im Gesellschaftsvertrag des AIF ohne einen Verwaltungsvertrag empfiehlt sich unseres Erachtens daher nicht. Zwar heißt es im BaFin Schreiben: „Eine externe KVG wird nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 KAGB von der AIF-Investmentgesellschaft bestellt. Die Bestellung der externen KVG wird durch Abschluss eines Verwaltungsvertrages nach außen manifestiert.“ Das sollte unseres Erachtens aber nichts daran ändern, dass der Verwaltungsvertrag für die Bestellung das begründende Element, also konstitutiv, ist. Wir empfehlen jedoch die Zulässigkeit der Bestellung einer externen Kapitalverwaltungsgesellschaft als Geschäftsführungsmaßnahme bereits in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.

### Umfassende Verantwortung der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft

Ist die externe Kapitalverwaltungsgesellschaft nicht umfassend verantwortliches Organ der AIF-Investmentgesellschaft, so fragt es sich, welche Aufgaben ihr konkret zugewiesen sind.

Die BaFin ist der Auffassung, der Aufgabenkatalog ergebe sich aus der Legaldefinition des Begriffs der kollektiven Vermögensverwaltung in § 1 Absatz 19 Nummer 24 Kapitalanlagegesetzbuch als gesetzlicher Aufgabenkatalog und gehe mit der Bestellung auch ohne vertragliche Regelung im Einzel-



#### Dokumente zu diesem beleuchtet:

- [Auslegungsentscheidung der BaFin](#)
- [OLG München - 23 U 1570/15](#)
- [OLG München - 23 U 2093/15](#)



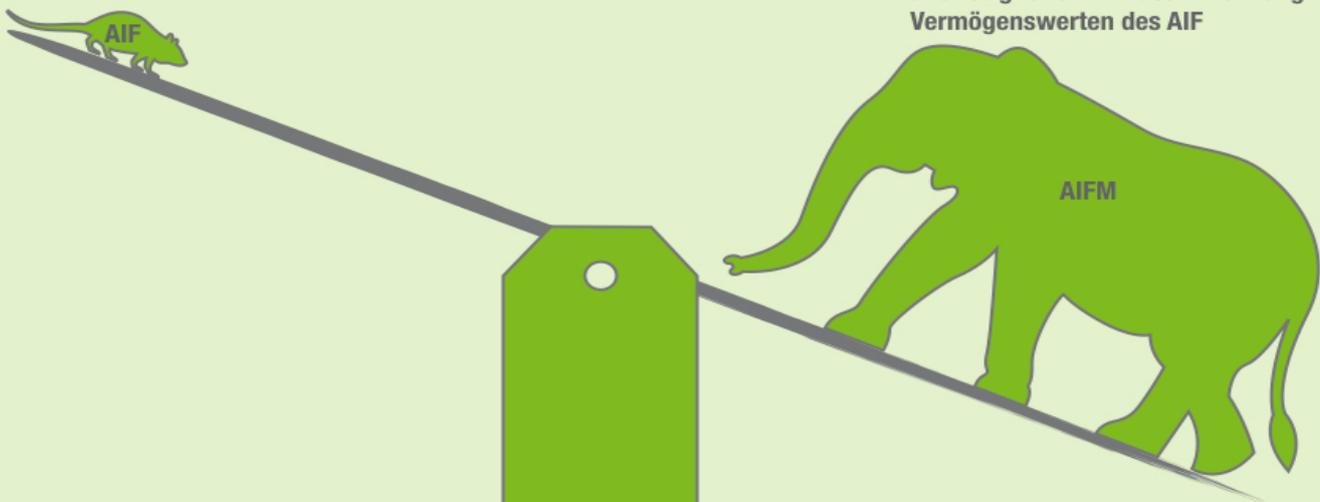
nen auf die externe Kapitalverwaltungsgesellschaft über. Nur dort, wo das Kapitalanlagegesetzbuch ausdrücklich die Zuständigkeit für einzelne Aufgaben der AIF-Investmentgesellschaft zuweist, etwa Aufstellung des Jahresabschlusses, dürfe und müsse die AIF-Investmentgesellschaft diese Aufgaben weiterhin selbst wahrnehmen. Auch gesellschaftsrechtliche Zuständigkeiten wie die Einberufung von und Teilnahme an Haupt- oder Gesellschafterversammlungen bleiben im Verantwortungsbereich der AIF-Investmentgesellschaft.

Es bleibt investmentrechtlich wie bisher möglich, einen geschäftsführenden Kommanditisten bei einer Investment-Kommanditgesellschaft einzurichten, um eine gewerbliche Prägung zu vermeiden. Auch das Finanzministerium bestätigt (in BMF 12. Februar 2015, BStBl. I 2015, 185), dass sich aus dem § 154 Kapitalanlagegesetzbuch keine abweichende Rechtsfolge für die originäre Geschäftsführungsbefugnis des Komplementärs ergibt (BeckOK InvStG/Ernst InvStG § 18 Rn. 21-22, beck-online). Behält die Komplementärin originäre Geschäftsführungsbefugnisse, kann sie diese auch zur Entprägung einem Kommanditisten übertragen.

### Aufgabenverteilung

- gesellschaftsrechtliche Zuständigkeiten
- Pflichtaufgaben nach KAGB

- Portfolio- und Risikomanagement
- administrative Tätigkeiten
- Vertrieb
- alle Tätigkeiten im Zusammenhang mit den Vermögenswerten des AIF



Im Interesse des Anlegerschutzes ist diese Auslegung der BaFin hinsichtlich der Aufgaben der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft richtig. Das Kapitalanlagegesetzbuch regelt diese Frage allerdings nicht so klar.

Unseres Erachtens ergibt sich der Aufgabenkatalog allein aus den entsprechenden Vorschriften bei den Investmentgesellschaften, wie etwa § 154 Absatz 1 Satz 2 Kapitalanlagegesetzbuch für die geschlossene Investmentkommanditgesellschaft. Dort heißt es aber, der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft obliege insbesondere die Anlage und Verwaltung des Kommanditanlagevermögens. Was das dann genau beinhaltet, darüber lässt sich streiten. Eine von der BaFin abweichende Betrachtung außerhalb der zwingenden Aufgabenbestandteile Portfolioverwaltung und Risikoma-



nagement ist möglich und wird im Ausland auch entsprechend in der Praxis umgesetzt. Häufig ist in Luxemburg zum Beispiel die Fondsadministration Aufgabe der Investmentgesellschaft, die diese dann vertraglich an einen Dritten vergeben kann.

Die Diskussion um die Aufgabenverteilung ist nicht nur theoretischer Natur. Sie berührt auch mögliche Haftungsansprüche der AIF-Investmentgesellschaft gegen die Kapitalverwaltungsgesellschaft. Im Kern lässt sich sagen, dass alle Aufgaben, die nicht vertraglich von der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft übernommen werden oder ihr nicht gesetzlich zugewiesen sind, im Verantwortungsbereich der AIF-Investmentgesellschaft verbleiben. Werden innerhalb dieses Verantwortungsbereiches Verträge mit dritten Dienstleistern entweder direkt von der AIF-Investmentgesellschaft oder von der externen Verwaltungsgesellschaft im Namen der AIF-Investmentgesellschaft geschlossen, so trifft die externe Verwaltungsgesellschaft allenfalls eine Auswahl- oder Überwachungsverpflichtung.

### **Handeln als Vertreter des AIF oder im eigenen Namen**

Entsprechend der BaFin Auslegungsentscheidung steht es der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft nunmehr grundsätzlich frei, ob sie Rechtsgeschäfte mit Dritten, derer sie sich zur Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben bedient, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung mit Aufwendungsersatzanspruch oder als Vertreter im Namen und mit unmittelbarer Wirkung für die AIF-Investmentgesellschaft abschließt. Entscheidend ist, dass immer die externe Kapitalverwaltungsgesellschaft (und nicht die AIF-Investmentgesellschaft) selbst und eigenverantwortlich die Entscheidung darüber trifft, wem welche Aufgaben unter welchen Voraussetzungen übertragen werden. Die unterschiedlichen Varianten sind auch bei der Rechnungsstellung zu beachten und haben insoweit auch umsatzsteuerliche Bedeutung.

### **Ausnahme: Auslagerung von Portfolioverwaltung und Risikomanagement**

Bei Auslagerung der Portfolioverwaltung oder des Risikomanagements muss der Auslagerungsvertrag immer im Namen der Kapitalverwaltungsgesellschaft abgeschlossen werden. Der tragende Grund ist, dass die BaFin jedes zivilrechtliche Risiko, dass die Haftung der Kapitalverwaltungsgesellschaft im Rahmen der Portfolioverwaltung und des Risikomanagements auf ein Auswahl- und Überwachungsverschulden verkürzt wird, ausschließen will.

### **Unterschiedliche Haftung: Vertragspartner für Dritte ist die Verwaltungsgesellschaft oder der AIF?**

Da die BaFin außerhalb der Übertragung des Portfolio- und Risikomanagements ein Handeln der Kapitalverwaltungsgesellschaft im Namen und mit unmittelbarer Wirkung für die Investmentgesellschaft für möglich hält, stellt sich die Frage, ob eine Kapitalverwaltungsgesellschaft ihre haftungsrechtliche Position verbessern kann, wenn sie Aufgaben auf Dritte überträgt, indem sie für den AIF als Vertreter in dessen Namen einen Vertrag mit dem Dritten schließt.

Entscheidend für die Haftungsposition ist, ob § 278 Bürgerliches Gesetzbuch oder im Fall einer Auslagerung § 36 Absatz 4 Kapitalanlagegesetzbuch für das Verhältnis zwischen Investmentgesellschaft und Kapitalverwaltungsgesellschaft greift. Sofern diese Vorschriften greifen, ist eine Verbesserung der Haftungsposition nicht möglich.

Außerhalb eines Auslagerungsverhältnisses ist zu prüfen, ob der Vertrag mit dem Dritten eine Verpflichtung der Kapitalverwaltungsgesellschaft gegenüber der Investmentgesellschaft innerhalb eines Sonderrechtsverhältnisses betrifft. In diesem Fall würde das Verschulden des Dritten der Kapitalverwaltungsgesellschaft wohl über § 278 Bürgerliches Gesetzbuch haftungsrechtlich zugerechnet. Nach der BaFin-Auffassung umfasst dieser Aufgabenkatalog alle in § 1 Absatz 19 Nummer 24 Kapitalanlagegesetzbuch beschriebenen Aufgaben; auch die im Annex I Nummer 2 der AIFM-Richtlinie genannten administrativen Aufgaben.



### Rechtsgeschäfte mit Bezug auf das Portfolio

Knapp und deutlicher gegenüber dem Konsultationsentwurf, aber in der Sache unverändert, äußert sich die BaFin zu Rechtsgeschäften mit Bezug auf das Portfolio, wie Anschaffung und Veräußerung von Vermögensgegenständen, Belastung dieser Gegenstände und Abschluss von Miet-, Leasing- oder Pachtverträgen. Solche Rechtsgeschäfte sind in der Regel von der Kapitalverwaltungsgesellschaft (oder einem beauftragten Dritten) als Vertreter und im Namen der AIF-Investmentgesellschaft zu tätigen, um die Risiken eines Durchgangserwerbs zu vermeiden. Das gilt unabhängig davon, ob die externe Kapitalverwaltungsgesellschaft diese Geschäfte selbst tätigt oder ein von ihr beauftragter Dritter als Dienstleister.

### Keine Auslagerung an den AIF

Eine Auslagerung von Tätigkeiten der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft an die verwaltete AIF-Verwaltungsgesellschaft bleibt verboten. Die BaFin argumentiert auch hier nicht mehr mit der Parallele zum Sondervermögen und greift stattdessen zu dem Argument der Vermeidung der Haftungsverkürzung.



**Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung!**



**Dr. Carsten Bödecker**  
Partner . Steuerberater . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-51  
[carsten.boedecker@bepartners.pro](mailto:carsten.boedecker@bepartners.pro)



**Carsten Ernst**  
Partner . Steuerberater

Tel. +49 211 946847-52  
[carsten.ernst@bepartners.pro](mailto:carsten.ernst@bepartners.pro)



**Alexander Skowronek**  
Partner . Steuerberater . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-62  
[alexander.skowronek@bepartners.pro](mailto:alexander.skowronek@bepartners.pro)



**Harald Kuhn**  
Partner . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-54  
[harald.kuhn@bepartners.pro](mailto:harald.kuhn@bepartners.pro)



Bödecker Ernst & Partner mbB | Steuerberater . Rechtsanwälte  
Nordstraße 116-118 | 40477 Düsseldorf  
<https://www.bepartners.pro>

Obgleich unsere Mandanteninformationen sorgfältig erstellt werden, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Der Inhalt der Informationen stellt keinen steuerlichen oder sonstigen rechtlichen Rat dar und ersetzt keine auf den Einzelfall bezogene steuerliche oder anwaltliche Beratung. Hierfür stehen Ihnen unsere in der Mandanteninformation genannten Ansprechpartner gerne zur Verfügung.