

7. November 2012

Auslagerung nach Maßgabe des KAGB-E

Nach § 36 KAGB-E wird der Anwendungsbereich der Regelungen zur Auslagerung von Aufgaben der Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) zukünftig auf alle KVGen nach Maßgabe des § 1 Abs. 32 KAGB-E erstreckt und gilt damit sowohl für AIF als auch für OGAW verwaltende KVGen. Die Auslagerung ist zukünftig gemäß § 36 Abs. 2 KAGB-E vorab der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) anzuzeigen.

Eine Regulierung der Auslagerung ergab sich bisher in vergleichbarer Form z.B. bereits für Kapitalanlagegesellschaften (KAGen) aus § 16 InvG. Nunmehr ergeben sich durch das KAGB-E jedoch teilweise neue bzw. weitergehende Anforderungen, so dass zwar die bereits innerhalb der KAGen etablierten Mechanismen zur Auswahl und laufenden Überwachung der Auslagerungsunternehmen weiterhin genutzt, zum Teil jedoch an die weitergehenden Anforderungen des § 36 KAGB-E angepasst werden müssen.

So wird im Rahmen zukünftiger Auslagerung ein besonderes Augenmerk auf der Dokumentation aller Stufen der Auslagerung liegen müssen, sei es hinsichtlich der objektiven Gründe für eine Auslagerung oder der ordnungsgemäßen Auswahl des Auslagerungsunternehmens oder hinsichtlich der Dokumentation einer fortwährenden Überwachung der Leistungen des Auslagerungsunternehmens und hinsichtlich der Überwachung des Auslagerungsunternehmens selbst. Eine KVG wird z.B. ihrer Darlegungsverpflichtung im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 6 KAGB-E (u.a. Nachweis über die erforderliche Qualifikation des Auslagerungsunternehmens im Hinblick auf die übertragene Aufgabe und die Zuverlässigkeit und ausreichende Erfahrung der Geschäftsleitung in Person) nur nachkommen können, wenn sie die von ihr bei der Auswahl des Auslagerungsunternehmens durchgeführte Überprüfung des Unternehmens und – was im Vergleich zur bisherigen Rechtslage neu ist – der Zuverlässigkeit der Personen der Geschäftsleitung sowohl qualitativ als auch quantitativ ausreichend dokumentiert hat.

Umfang der Auslagerung

Der Wortlaut des § 36 Abs. 1 KAGB-E lässt – im Gegensatz zu § 16 Investmentgesetz – derzeit eine explizite Wesentlichkeitsschwelle vermissen. Allerdings sollen sich nach Maßgabe des § 36 Abs. 10 KAGB-E die Bedingungen zur Erfüllung der Anforderungen gemäß § 36 Abs. 1 KAGB-E nach einer noch zu erlassenden EU Verordnung (Level 2-Verordnung im Sinne des Art. 20 Abs. 7 der AIFM-Richtlinie) richten. Soweit diese Verordnung die Ergebnisse des Konsultationspapiers der Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA)

vom Juli 2011 umgesetzt - hier insbesondere die Ausführungen zur Auslagerung gemäß Artikel 20 AIFM-RL - würde sich eine Wesentlichkeitsschwelle aus der Level 2-Verordnung ergeben. Gemäß des ESMA Konsultationspapiers sollen nicht von vornherein alle denkbaren, von dem AIFM üblicherweise zum Betrieb des eigenen Geschäfts ausgeführten Tätigkeiten, im Falle der Übertragung zur Ausübung auf Dritte, dem Regime des Art. 20 AIFM-Richtlinie unterworfen werden. Vielmehr soll grundsätzlich nur die Übertragung wesentlicher Aufgaben reguliert werden. Auch aus dem Erwägungsgrund (31) der AIFM-RL folgt, dass jedenfalls Hilfsaufgaben nicht den in der AIFM-RL und damit auch nicht in dem entsprechenden Umsetzungsgesetz festgelegten spezifischen Einschränkungen und Auflagen unterliegen sollten. Ihre Grenzen findet eine Auslagerung gemäß § 36 Abs. 5 KAGB-E weiterhin dort, wo die KVG zur Briefkastenfirma degradiert wird.

Eine weitere, grundsätzlich der bisherigen Rechtslage entsprechende, maßgebliche Einschränkung erfährt eine Auslagerung nach § 36 Abs. 3 KAGB-E, wenn die Auslagerung die Portfolioverwaltung oder – neuerdings auch – das Risikomanagement betrifft. In diesen Fällen darf nur auf ein Auslagerungsunternehmen ausgelagert werden, das seinerseits zu Zwecken der Vermögensverwaltung oder Finanzportfolioverwaltung zugelassen oder registriert ist und das einer entsprechenden Aufsicht unterliegt. In den Fällen, in denen das Auslagerungsunternehmen diese Anforderungen nicht erfüllt, kann - allerdings auch nur soweit die Verwaltung ein Spezial-AIF betrifft - die Übertragung der Portfolioverwaltung bzw. des Risikomanagements nach vorheriger Genehmigung durch die BaFin erfolgen. Berücksichtigt man hierzu die aktuellen Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren, ist damit zu rechnen, dass die besonderen Anforderungen des § 36 Abs. 3 KAGB-E hinsichtlich von OGAW verwaltenden KAGen nur für die Auslagerung der Portfolioverwaltung gelten wird. Die Einschränkung auf verwaltete Spezial-AIF im Hinblick auf die Möglichkeit zur Erteilung einer Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde findet sich in den aktuellen Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren ebenfalls nicht wieder. Es bleibt jedoch bei der Beschränkung auf AIF-KVGen.

Auslagerung der Immobilienverwaltung

Besondere Aufmerksamkeit wird im Rahmen einer Auslagerung der Immobilienverwaltung bei bestehenden und zukünftigen Auslagerungsverträgen geboten sein. Aus Anhang 1 zur AIFM-RL ergibt sich, dass die Immobilienverwaltung per se nicht Bestandteil der Portfolioverwaltung ist. Die aktuellen Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren, lassen den Schluss zu, dass mit einer Klarstellung zum Anwendungsbereich des § 36 Abs. 1 Nr. 3 KAGB-E gerechnet werden darf. Hiernach wären Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Verwaltung von Vermögensgegenständen, die keine Dispositionsbefugnis über den Vermögensgegenstand umfassen, wie z.B. das Facility Management oder weitere Verwaltungstätigkeiten, kein Bestandteil der Portfolioverwaltung und müssten hiernach auch nicht den besonderen Anforderungen des § 36 Abs. 1 Nr. 3 KAGB-E genügen. Eine Auslagerung der Immobilienverwaltung würde sich insofern „nur“ an den generellen Anforderungen des § 36 (ohne Abs. 1 Nr. 3) KAGB-E messen lassen müssen. Bei der künftigen Gestaltung von Verträgen über die Auslagerung der Verwaltung von Immobilien eines AIF wird daher darauf geachtet werden müssen, dass die Befugnisse des Auslagerungsunternehmens nicht so weit gehen, dass ihm im Rahmen der Verwaltung auch Dispositionsbefugnisse hinsichtlich des Vermögensgegenstands eingeräumt werden.

Olaf Jacobsen

Über die weitere Entwicklung werden wir Sie regelmäßig informieren. Natürlich stehen wir Ihnen für jede Frage im Zusammenhang mit der neuen Regulierung, deren Auswirkungen auf Ihr Unternehmen und den Möglichkeiten der effizienten und zukunftssicheren Umsetzung gern zur Verfügung. Gerne nehmen wir für weitere Mandanteninformationen auch Ihre Anregungen hinsichtlich der Sie im Zusammenhang mit dem KAGB-E interessierenden Themen entgegen.

Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an einen der nachfolgend aufgeführten Anwälte oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei King & Spalding.

Ihre Ansprechpartner:



Mario Leißner
+49 69 257 811 020
mleissner@kslaw.com



Dr. Sven Wortberg
+49 69 257 811 014
swortberg@kslaw.com



Anna Maria Gabrysch
+49 69 257 811 013
agabrysch@kslaw.com



Olaf M. Jacobsen
+49 69 257 811 024
ojacobsen@kslaw.com

King & Spalding

Frankfurt

Taunusanlage 1
60329 Frankfurt am Main
Germany
Tel: +49 (69) 257 811 000
Fax: +49 (69) 257 811 100

Über King & Spalding

King & Spalding, vor mehr als 125 Jahren gegründet, ist eine internationale Anwaltskanzlei mit mehr als 800 Rechtsanwälten an 17 Standorten in den Vereinigten Staaten, in Europa, in Asien und im Nahen Osten. Die Kanzlei berät ein breites Spektrum an Mandanten, hierunter die Hälfte der 100 größten Unternehmen der Welt (Fortune Global 100). Sie betreut Mandate in über 160 Ländern auf sechs Kontinenten und wird beständig für die erzielten Ergebnisse, ihr kompromissloses Bekenntnis zur Qualität und ihr Bestreben, das Geschäft und die Kultur ihrer Mandanten zu verstehen, anerkannt. Weitere Informationen finden sich auf unserer Webseite unter www.kslaw.com.

This alert provides a general summary of recent legal developments. It is not intended to be and should not be relied upon as legal advice.