



13. Mai 2015

BaFin erlaubt Fonds die Vergabe von Darlehen

http://docs.bepartners.pro/news/2015-05-12_BaFin-Verwaltungspraxis_Kreditfonds.pdf

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat eine Änderung ihrer Verwaltungspraxis zu Kreditfonds verlautbart. Bislang durften Fonds in Deutschland nur sehr beschränkt Darlehen vergeben, zum Beispiel als Gesellschafterdarlehen an Immobiliengesellschaften. Nach der neuen Verwaltungspraxis ist jetzt auch die Vergabe – nicht nur der Ankauf der von einer Bank ausgereichten Kredite – zulässig. Das ermöglicht nicht nur die Auflegung echter Kreditfonds unter dem Kapitalanlagegesetzbuch, sondern auch die Kreditvergabe durch ausländische Fonds in Deutschland.

Die BaFin hat mit Schreiben vom 12. Mai 2015 eine Änderung ihrer Verwaltungspraxis in Bezug auf die Vergabe (sowie Prolongation und Restrukturierung) von Darlehen durch deutsche Fonds bekanntgegeben.

1. KWG gilt nicht für Kreditgeschäft durch Alternative Investmentfonds

Die Vergabe von Darlehen, deren Prolongation und Restrukturierung (also auch Neuverhandlung der Konditionen oder Stundungsabreden) durch inländische Alternative Investmentfonds (AIF) ist nunmehr nach dem Kapitalanlagegesetzbuch zulässig. Diese Aktivitäten gehören damit zur investimentrechtlich erlaubten kollektiven Vermögensverwaltung. Das hat zur Folge, dass das Kapitalanlagegesetzbuch - als das speziellere Gesetz - das Kreditwesengesetz verdrängt, da die Bereichsausnahmen des § 2 Abs. 1 Nr. 3 b und Abs. 6 Nr. 5 a KWG zum Tragen kommen.

Im Ergebnis ist das Kreditwesengesetz deshalb nicht länger für die Frage heranzuziehen, ob die Gewährung von Darlehen (oder deren Restrukturierung und Prolongation) durch AIF als erlaubnispflichtiges Bankgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG zu qualifizieren ist. Auf eine einfache Formel gebracht: Was dem Fonds nach KAGB gestattet ist, kann nicht mehr nach dem KWG untersagt werden. Aber nicht alle Fonds dürfen nach dem KAGB Darlehen ausreichen.

2. AIF mit Erlaubnis der Darlehensausreichung

Unter dem KAGB können nunmehr diejenigen AIF Darlehen vergeben, für die das KAGB keine entgegenstehenden Produktvorgaben vorsieht:

- allgemeine offene Spezial-AIF nach § 282 KAGB
- geschlossene Spezial-AIF nach § 285 KAGB
- Hedgefonds nach § 283 KAGB

OGAW sind von der geänderten Verwaltungspraxis nicht betroffen. Sie dürfen gemäß Art. 88 Abs. 1 der OGAW-Richtlinie 2009/65/EG keine Darlehen vergeben.

3. Unklar für offene Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen

Auch für offene Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen stehen unseres Erachtens keine zwingenden Produktvorgaben einer Darlehensvergabe entgegen. Grundsätzlich gelten für diese Fonds die Produktvorgaben für Publikumsfonds, aber mit Zustimmung der Anleger kann davon abgewichen werden. Es dürfen auch dann nur die in § 284 Abs. 1 Nr. 2 KAGB aufgezählten Vermögensgegenstände erworben werden, darunter auch unverbriefte Darlehensforderungen. Erwerb kann in einem engen Sinne als (nur) derivativer Erwerb verstanden werden, aber im weiteren Sinne auch als originärer Erwerb. Dann können Darlehen auch im Wege der Ausreichung durch den Fonds erworben werden. Bisher haben wir unter Erwerb nur den Erwerb im engeren Sinne verstanden. Hier ist eine weitere Klärung durch die Aufsicht wünschenswert.

4. Auch keine Produktvorgaben für registrierungspflichtige Spezial-AIF

Soweit für die nur registrierungspflichtigen AIFM die produktbezogenen Vorschriften des Kapitalanlagegesetzbuchs nicht gelten, hat die Änderung der Verwaltungspraxis zur Folge, dass die Vergabe, Restrukturierung und Prolongation von Darlehen für Rechnung für alle der von ihm verwalteten AIF



zulässig ist: das trifft zu für alle Spezial-AIF unter der De Minimis-Regelungen des § 2 Abs. 4 KAGB sowie geschlossene Publikums-AIF nach § 2 Abs. 4a und Abs. 4b KAGB.

Welche AIF dürfen jetzt unter dem KAGB Darlehen vergeben?	
<input checked="" type="checkbox"/> allgemeine Spezial-AIF	<input checked="" type="checkbox"/> OGAW
<input checked="" type="checkbox"/> Hedgefonds	<input checked="" type="checkbox"/> Publikums-AIF, soweit sie nicht nach § 2 Abs. 4a oder 4b KAGB registriert sind
<input checked="" type="checkbox"/> Spezial-AIF, die von registrierter KVG verwaltet werden	
<input checked="" type="checkbox"/> Publikums-AIF, die nach § 2 Abs. 4a oder 4b KAGB registriert sind	
<input type="checkbox"/> offene Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen	

5. Für alle AIF gilt: Angekaufte Darlehen dürfen restrukturiert werden

Für AIF, die aufgrund ihrer produktbezogenen Regelung Darlehen nur ankaufen dürfen, bewirkt die neue BaFin-Praxis, dass jetzt eine Restrukturierung und Prolongation dieser Darlehen zulässig ist.

Dies gilt zum Beispiel für offene Publikums-AIF in Form von Sonstigen Sondervermögen. Sie dürfen unverbriefte Darlehensforderungen, die sie im gesetzlich vorgesehenen Umfang angekauft haben, im Anschluss an den Erwerb restrukturieren und prolongieren.

6. Empfehlungen der BaFin greifen Gesetzesänderung vor

Die BaFin-Verlautbarung gibt eine Reihe von Empfehlungen, die eine geplante Gesetzesänderung vorwegnehmen sollen. Den AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften wird nahegelegt, diese Empfehlungen schon jetzt einzuhalten, damit sie nicht im Anschluss an die kommende Gesetzesänderung ihr Geschäftsmodell anpassen müssen.

Die Empfehlungen betreffen nicht nur die Vergabe von Darlehen, sondern auch angekaufte Darlehen. Insoweit stellen die Empfehlungen und die geplante Gesetzesänderung auch ein Stück Regulierung des Schattenbankwesens dar. Unter anderem soll

- die Vergabe von Darlehen nur für Rechnung geschlossener Spezial-AIF erfolgen;
- ein Erwerb unverbriefter Darlehensforderungen durch offene Fonds (eine Vergabe ist hier nicht gestattet) nicht überwiegend sein, d.h. maximal 50 % des Wertes eines offenen Spezial-AIF oder eines Hedgefonds sollen in unverbrieften Darlehensforderungen investiert sein;

- Leverage nur in sehr begrenztem Umfang eingesetzt werden;
- der AIF nicht gleichzeitig Darlehen vergeben und Kredite beim Publikum aufnehmen (keine Verknüpfung von Kredit- und Einlagengeschäft);
- Fristentransformation vermieden werden (keine Aufnahme von kurzfristigen Kredite zur Refinanzierung langfristiger Darlehen);
- das Rundschreiben 10/2012(BA) (die Banken-MaRisk) beachtet werden, soweit dessen Vorgaben das Kreditgeschäft betreffen und auf die Darlehensgewährung durch AIF übertragbar sind;

7. Auch ausländische Fonds müssen erlaubnisfrei Darlehen ausreichen dürfen

Die BaFin-Verlautbarung betrifft nur die inländischen Fonds. Die Konsequenz der geänderten Verwaltungspraxis muss unseres Erachtens aber auch für ausländische Fonds gelten. Wenn inländische AIF ohne Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz in Deutschland Darlehen vergeben bzw. restrukturieren und prolongieren dürfen, kann das ausländischen Fonds nicht verwehrt werden, solange die Darlehen im rechtlichen Rahmen ihres Sitzstaates zulässig ausgereicht werden. Hier muss hinsichtlich der bankrechtlichen Erlaubnis ebenfalls der Grundsatz gelten: KAGB sticht KWG; das heißt, es gilt die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 1 Nr. 3 c KWG.

8. Fazit

Dass Politik und Aufsicht schon seit Monaten über eine Modernisierung des Investmentrechts und des Bankaufsichtsrechts diskutieren, war ja bekannt. Das Ergebnis ist erfreulich: Die Umsetzung durch Verlautbarung einer geänderten Verwaltungspraxis ist unerwartet schnell gekommen. Fondsanbieter können schon vor der anstehenden Gesetzesänderung reagieren. Die institutionellen Anleger, die der Anlageverordnung unterliegen, haben schon seit Änderung der Anlageverordnung im März den Spielraum, in solche Fonds – echte Debt Funds – zu investieren. Deutschen Fremdkapitalnehmern steht ein Pool neuer Kapitalgeber zur Verfügung, die nicht der Regulierung und den Eigenmittelanforderungen nach der Richtlinie 2013/36/EU und dem Kreditwesengesetz unterliegen.



bei Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.



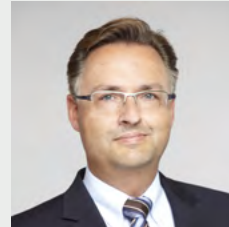
Dr. Carsten Bödecker

Partner . Steuerberater . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-51

Fax +49 211 946847-01

carsten.boedecker@bepartners.pro



Carsten Ernst

Partner . Steuerberater

Tel. +49 211 946847-52

Fax +49 211 946847-01

carsten.ernst@bepartners.pro



Harald Kuhn

Partner . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-54

Fax +49 211 946847-01

harald.kuhn@bepartners.pro



Nathalie Grenewitz

US-Attorney at Law

Tel. +49 211 946847-57

Fax +49 211 946847-01

nathalie.grenewitz@bepartners.pro