

Publikationen & Daten

10.07.2013, geändert am 15.11.2017 | Geschäftszeichen WA 41-Wp 2137-2013/0036 | Thema
Investmentfonds

Häufige Fragen zum Thema Auslagerung gemäß § 36 KAGB

Inhalt

- 1. Tätigkeiten nach Anhang I Nummer 2 der AIFM-Richtlinie
- 2. Tätigkeiten der extern verwalteten Investmentgesellschaft
- 3. Wesentlichkeit
- 4. Auslagerung des Risikomanagements
- 5. Genehmigungsantrag
- 6. Auslagerungsanzeige
- 7. Anzeige von Änderungen
- 8. Vor dem 22. Juli 2013 bestehende Auslagerungen
- 9. Objektive Rechtfertigungsgründe
- 10. Nachweis objektiver Rechtfertigungsgründe
- 11. Briefkastenfirma
- 12. Advisory-Modelle
- 13. Abgrenzung Auslagerung - externe Verwaltung
- 14. Vollauslagerung des Portfoliomanagements bei Sachwerten
- 15. Auslagerung vs. Erbringung von Dienstleistungen in Bezug auf Sachwerte

In diesem Schreiben werden häufig gestellte Fragen zum Thema Auslagerung gemäß § 36 des Kapitalanlagegesetzbuches vom 4. Juli 2013 beantwortet (FAQ). Der FAQ-Katalog soll fortlaufend aktualisiert und ggf. um weitere Fragen ergänzt werden.

1. Tätigkeiten nach Anhang I Nummer 2 der AIFM-Richtlinie

Ist die Wahrnehmung der in Anhang I Nummer 2 der AIFM-RL genannten Funktionen durch Dritte (z. B. administrative Tätigkeiten, Tätigkeiten im Zusammenhang mit den Vermögenswerten des AIF wie Facility Management und Immobilienverwaltung) als Auslagerung der Kapitalverwaltungsgesellschaft zu beurteilen?

Auch wenn die Kapitalverwaltungsgesellschaft nach dem Wortlaut nicht zwingend die in Anhang I Nummer 2a der AIFM-RL genannten Funktionen selbst erbringen muss, sind die administrativen Tätigkeiten als originäre

Aufgaben einer Kapitalverwaltungsgesellschaft anzusehen. Die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch Dritte ist entweder als Auslagerung der Kapitalverwaltungsgesellschaft oder als bloßer Fremdbezug von Dienstleistungen anzusehen (vgl. auch Q&A Nr. 15 (Auslagerung vs. Erbringung von Dienstleistungen in Bezug auf Sachwerte)). In beiden Fällen bleibt die Kapitalverwaltungsgesellschaft für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben durch den Dritten verantwortlich.

Für diese Auffassung spricht nicht nur § 1 Absatz 19 Nr. 24 KAGB, wonach die kollektive Vermögensverwaltung auch die administrativen Tätigkeiten umfasst, sondern auch § 216 Absatz 7 KAGB (Artikel 19 Absatz 10 der AIFM-RL), wonach die Kapitalverwaltungsgesellschaft für die Bewertung verantwortlich bleibt (vgl. auch Anhang I Nr. 2. iii) AIFM-RL). Ferner sieht § 17 Absatz 3 KAGB (Artikel 5 Absatz 1 der AIFM-RL) vor, dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft für die Einhaltung aller Anforderungen des Gesetzes verantwortlich ist (vgl. Anhang I Nr. 2 Buchstabe iv) der AIFM-RL). Auch die Verordnung (EU) Nr. 231/2013 (AIFM-VO) regelt weitgehende organisatorische Anforderungen und weist der Kapitalverwaltungsgesellschaft Aufgaben zu, die auch administrative Tätigkeiten beinhalten. Vor allem auch die in Anhang I Nummer 2 a) iv) genannte Tätigkeit der Überwachung der Einhaltung der Rechtsvorschriften zeigt auf, dass es sich bei den administrativen Tätigkeiten zwingend um originäre Aufgaben der Kapitalverwaltungsgesellschaft handeln muss. Denn Trägerin der Erlaubnis oder einer Registrierung ist die Kapitalverwaltungsgesellschaft. Sie steht unter Aufsicht. Somit kann auch nur sie für die Einhaltung der Rechtsvorschriften originär verantwortlich sein.

Die Verantwortlichkeit der Kapitalverwaltungsgesellschaft, auch wenn Tätigkeiten durch Dritte durchgeführt werden, wird auch durch die EU-Kommission klargestellt (Fragenkatalog der EU-Kommission zur AIFM-RL, ID 1158 und ID 1159,).

Diese Verantwortlichkeit der Kapitalverwaltungsgesellschaft wird im Ergebnis nur dadurch erreicht, dass die Funktionen originär der Kapitalverwaltungsgesellschaft zugerechnet werden. ESMA kommt in dem "Discussion paper zu Key concepts of the Alternative Investment Fund Managers Directive and types of AIFM vom 23. Februar 2012 (Ref. ESMA/2012/117)" in Abschnitt III Nummer 10 auch zu dieser Beurteilung. Schließlich sprechen Anlegerschutzgründe für diese Wertung: Würden die administrativen Aufgaben nicht in die originäre Zuständigkeit der Kapitalverwaltungsgesellschaft fallen, sondern originär von einem Dritten erbracht werden, hätte der Anleger keinen vertraglichen Anspruch gegen den Dritten, da der Investmentvertrag nur zwischen der Kapitalverwaltungsgesellschaft und dem Anleger geschlossen wird.

Gleiche Überlegungen gelten für die in Anhang I Nummer 2 c) der AIFM-RL genannten Aufgaben im Zusammenhang mit der Verwaltung von Vermögenswerten.

Die BaFin hält weiterhin an ihrer Rechtsauffassung fest, dass im Falle des Vertriebs von Investmentanteilen durch Intermediäre regelmäßig kein Fall der Auslagerung vorliegt.

2. Tätigkeiten der extern verwalteten Investmentgesellschaft

Können extern verwaltete Investmentgesellschaften die Tätigkeiten nach Anhang I Nummer 2 der AIFM-RL durchführen?

Nein. Wenn eine Investmentaktiengesellschaft mit variablem Kapital eine externe Kapitalverwaltungsgesellschaft bestellt, obliegt dieser externen Kapitalverwaltungsgesellschaft gemäß § 112 Absatz 1 KAGB die Ausführung der allgemeinen Verwaltungstätigkeit und die Anlage und Verwaltung der Mittel

der Investmentaktiengesellschaft. Gleiches gilt nach §§ 125 Absatz 2, 129 Absatz 1, 142, 144, 150 Absatz 2 und 154 Absatz 1 KAGB auch für Investmentaktiengesellschaften mit fixem Kapital sowie für offene und geschlossene Investmentkommanditgesellschaften. Eine extern verwaltete Investmentgesellschaft führt damit keine Tätigkeiten - mit Ausnahme der per Gesetz vorgesehenen Aufgaben der Organe - mehr durch. Die kollektive Verwaltung des Investmentvermögens obliegt ausschließlich der bestellten Kapitalverwaltungsgesellschaft, die hierfür verantwortlich ist. Auch eine „Einlagerung“ der Aufgaben in die Investmentgesellschaft kommt nicht in Betracht. Dieses Ergebnis ist auch aus Anlegerschutzgründen gerechtfertigt. Bei einer extern verwalteten Investmentgesellschaft handelt es sich um ein Fondsvehikel und nicht gleichzeitig um eine operativ tätige Gesellschaft (die die Verwaltung erbringt). Der Anleger sollte daher ähnlich dem Anleger des Sondervermögens- keinen wesentlichen operationellen Risiken ausgesetzt sein.

3. Wesentlichkeit

Finden die Vorschriften des § 36 KAGB grundsätzlich auf sämtliche Auslagerungssachverhalte Anwendung?

Auch § 16 Investmentgesetz (InvG) hat den Begriff der „wesentlichen Auslagerung“ nicht verwendet. Allerdings zählte als Auslagerung im Sinne des § 16 nur die Übertragung von -für die Durchführung der Geschäftswesentlichen Aufgaben. Der Begriff der Wesentlichkeit wird in § 36 KAGB nicht mehr genutzt. Die EU-Vorgaben bedeuten eine Verschärfung der Auslagerungsregeln gegenüber der bisherigen Verwaltungspraxis, da nicht mehr auf die Übertragung von für die Durchführung der Geschäftswesentlichen Aufgaben abgestellt wird. Im Ergebnis wird jedoch auch zukünftig nicht jeder Fremdbezug von Leistungen als Auslagerung im Sinne des § 36 KAGB zu qualifizieren sein.

Nach Erwägungsgrund 82 der AIFM-VO sollen die Einschränkungen und Anforderungen für die Auslagerung für die in Anhang I der AIFM-RL dargelegten Verwaltungsfunktionen gelten. Demgegenüber sollen unterstützende Aufgaben wie administrative oder technische Funktionen, die bei den Verwaltungsaufgaben eine Hilfe darstellen, etwa logistische Unterstützung in Form von Reinigungsdiensten, Catering und Beschaffung von Dienstleistungen oder Gütern des Grundbedarfs nicht als Auslagerung gelten. Als weitere Beispiele werden der Kauf handelsüblicher Standard-Software und die Inanspruchnahme von Software-Anbietern für Hilfe beim Betrieb handelsüblicher Systeme oder die Inanspruchnahme personeller Unterstützung durch Zeitarbeitskräfte oder die Durchführung der Lohn- und Gehaltsabrechnung genannt. Die Aussage im Erwägungsgrund zu handelsüblicher Standard-Software führt jedoch umgekehrt auch dazu, dass die Inanspruchnahme von Dienstleistern beim Betrieb nicht-handelsüblicher Software nicht grundsätzlich von den Anforderungen zur Auslagerung ausgenommen werden kann. Hier ist eine Einzelfallbetrachtung der Kapitalverwaltungsgesellschaft erforderlich.

4. Auslagerung des Risikomanagements

bleibt die Auslagerung des Risikomanagements auf Unternehmen ohne Erlaubnis auch nach dem KAGB weiterhin möglich?

Ja. Es besteht die Möglichkeit, dass die BaFin eine Genehmigung erteilt.

5. Genehmigungsantrag

Welche Anforderungen werden an den Genehmigungsantrag für die Auslagerung des Portfolio- und Risikomanagements nach § 36 Absatz 1 Nummer 3 KAGB gestellt? Was sind die Genehmigungsvoraussetzungen?

Die Genehmigungsvoraussetzungen entsprechen den in § 36 KAGB und den in Artikeln 75 bis 82 der AIFM-VO festgelegten Voraussetzungen (z.B. muss das Auslagerungsunternehmen über ausreichende Ressourcen für die Auslagerungsaufgaben verfügen und die Geschäftsleiter müssen zuverlässig sein und über ausreichende Erfahrung verfügen).

Das Vorliegen der Voraussetzungen ist in einem schriftlichen Genehmigungsantrag darzulegen. Es ist auch der Auslagerungsvertrag einzureichen und es sind die notwendigen Unterlagen zur Beurteilung der Zuverlässigkeit und Eignung der Geschäftsleiter beizufügen (vgl. hier die relevanten Unterlagen nach dem Merkblatt zum Erlaubnisverfahren für eine AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft nach § 22 KAGB vom 22. März 2013).

6. Auslagerungsanzeige

Welche Angaben sind mit der Anzeige der Auslagerung nach § 36 Absatz 2 KAGB zu tätigen? Sind auch die Auslagerungsverträge einzureichen? Wann muss die Anzeige getätigt werden?

Mit der Anzeige muss das Auslagerungsunternehmen eindeutig benannt werden. Dies beinhaltet insbesondere die Namensnennung der juristischen Person mit Angabe des Sitzes. Es muss zudem eine Beschreibung der ausgelagerten Funktion bzw. Tätigkeit erfolgen und die Angabe des oder der Investmentvermögen(s) (sofern relevant; bei fondsspezifischen Auslagerungen) und des spezifischen Vermögensgegenstandes (sofern relevant, bei objektspezifischen Auslagerungen; bspw. der Verwaltung einer Immobilie). Auch ist der Zeitpunkt anzugeben, zu dem die Auslagerung in Kraft tritt. Zudem sind die objektiven Gründe der Auslagerung gemäß Artikel 76 Absatz 1 Satz 1 der AIFM-VO anzugeben bzw. zu erläutern.

Soll die Portfolioverwaltung oder das Risikomanagement auf ein Auslagerungsunternehmen mit Sitz im Ausland ausgelagert werden, ist unter Berücksichtigung der Vorgaben des Artikels 78 der AIFM-VO darzulegen, ob das Auslagerungsunternehmen zum Zwecke der Vermögensverwaltung zugelassen oder registriert ist und einer Aufsicht unterliegt. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft hat in diesen Fällen die zuständige Aufsichtsbehörde und die jeweilige Zulassungs- oder Registrierungsnummer des Auslagerungsunternehmens anzugeben. Soweit die zuständige, ausländische Aufsichtsbehörde solche Zulassungs- oder Registrierungsnummern nicht vergibt, kann die Kapitalverwaltungsgesellschaft in sonstiger geeigneter Weise die Zulassung oder Registrierung des Auslagerungsunternehmens nachweisen.

Zudem hat die Kapitalverwaltungsgesellschaft bei einer Auslagerung der Portfolioverwaltung oder des Risikomanagements auf ein Unternehmen mit Sitz im In- oder Ausland darzulegen, ob und wie die Voraussetzungen nach § 36 Absatz 3 Nummer 2 KAGB eingehalten werden. Nach dieser Regelung dürfen die Portfolioverwaltung oder das Risikomanagement nicht ausgelagert werden auf ein anderes Unternehmen, dessen Interessen mit denen der Kapitalverwaltungsgesellschaft oder der Anleger des Investmentvermögens im Konflikt stehen könnten, außer wenn ein solches Unternehmen a) die Ausführung seiner Aufgaben bei der Portfolioverwaltung oder dem Risikomanagement funktional und hierarchisch von seinen anderen potenziell dazu im Interessenkonflikt stehenden Aufgaben trennt und b) die potenziellen Interessenkonflikte ordnungsgemäß ermittelt, steuert, beobachtet und den Anlegern des Investmentvermögens gegenüber offenlegt. Insbesondere hat die Kapitalverwaltungsgesellschaft im Rahmen der Auslagerungsanzeige zu erklären oder darzulegen, dass keine Interessenkonflikte bestehen bzw. wenn welche bestehen, wie diese gesteuert werden.

Auslagerungsverträge müssen bei der Anzeige nach § 36 Absatz 2 KAGB nicht eingereicht werden. Die BaFin

behält sich jedoch vor, diese nachzufordern. Zwar muss die Kapitalverwaltungsgesellschaft auf Nachfrage jederzeit darlegen können, dass die Voraussetzungen des § 36 KAGB und der Artikel 75 bis 82 der AIFM-VO eingehalten sind, weitere Unterlagen hierzu (bspw. auch zur Zuverlässigkeit oder Eignung der Geschäftsleiter) sind der Anzeige jedoch zunächst nicht beizufügen. Die BaFin kann jedoch weitere Unterlagen jederzeit nachfordern.

Die Anzeige ist vor und damit spätestens einen Tag vor dem Wirksamwerden der Auslagerungsvereinbarung der BaFin einzureichen. Stellt jedoch die BaFin nach dem Wirksamwerden der Auslagerung fest, dass die Angaben der Kapitalverwaltungsgesellschaft nicht zutreffend waren oder dass die Voraussetzungen für eine Auslagerung aus anderen Gründen nicht gegeben waren, wird sie die Auslagerung ex-post aufgreifen und ihr auferlegen, die Auslagerung rückgängig zu machen oder die gesetzlichen Voraussetzungen dadurch zu erfüllen, dass die Aufgaben auf ein anderes, geeignetes Unternehmen ausgelagert werden.

7. Anzeige von Änderungen

Sind sämtliche Änderungen an Auslagerungsverträgen anzuzeigen? Gilt hier die Einmonatsfrist nach § 34 Absatz 2 KAGB?

Nein, nicht jede Änderung in einem Auslagerungsvertrag ist nach § 34 Abs. 1 KAGB anzuzeigen, sondern nur wesentliche Änderungen, die auch die Erlaubnisvoraussetzungen beeinträchtigen könnten (bspw. die eventuell zur Qualifikation als Briefkastenfirma führen könnten), so dass die BaFin solche Änderungen gemäß § 34 Absatz 2 KAGB ablehnen kann. Solche wesentlichen Änderungen können somit nicht vor einem Monat nach entsprechender Anzeige nach § 34 KAGB wirksam werden.

Änderungen der in der Antwort zu Frage 6 aufgeführten erforderlichen Angaben zur Auslagerungsanzeige (insbesondere Auslagerungsunternehmen und Funktion) können als neue Auslagerung angesehen werden und sind damit gemäß § 36 Absatz 2 KAGB mit Darlegung der Änderung bzw. Bezug auf die ursprüngliche Anzeige anzuzeigen. Gleiches gilt für Unterauslagerungen gemäß § 36 Absatz 6 Nummer 2 KAGB.

8. Vor dem 22. Juli 2013 bestehende Auslagerungen

Wird die Genehmigung für bereits bestehende Auslagerungsverträge fingiert? Müssen für bestehende Auslagerungen neue Genehmigungen erteilt werden? Bis wann sind derartige Genehmigungsanträge zu stellen?

Die Genehmigung für bereits bestehende Auslagerungsverträge wird nicht fingiert. Dies ist schon aufgrund der konkreten Anforderungen der AIFM-VO bzgl. letter-box-entity abzulehnen.

Die notwendigen Genehmigungsanträge für die bestehenden Auslagerungen sind zusammen mit dem Erlaubnisantrag einzureichen.

Die Frist des § 36 Abs. 1 Satz 2 KAGB lässt die Frist nach § 22 Abs. 2 KAGB unberührt.

9. Objektive Rechtfertigungsgründe

Kann ein objektiv rechtfertigender Grund im Sinne von § 36 Absatz 1 Nummer 1 KAGB die Erzielung betriebswirtschaftlicher Vorteile durch die Auslagerung oder auch die Erschließung von besonderem Fachwissen sein?

Ja, beides kann ein objektiver Grund für eine Auslagerung im Sinne von § 36 Absatz 1 Nummer 1 KAGB sein. Objektive Gründe sind in Artikel 76 Absatz 1 der AIFM-VO aufgezählt: Optimierung von Geschäftsfunktionen und -verfahren, Kosteneinsparungen, Fachkenntnisse des Beauftragten im Bereich der Verwaltung oder auf bestimmten Märkten oder mit bestimmten Anlagen, Zugang des Beauftragten zu den globalen Handelsmöglichkeiten.

10. Nachweis objektiver Rechtfertigungsgründe

Bezieht sich der Nachweis objektiver Rechtfertigungsgründe nach § 36 Absatz 1 Nummer 1 KAGB i.V.m. Art. 76 AIFM-VO auf die gesamte Auslagerungsstruktur der Gesellschaft oder auf Einzelauslagerungen der einzelnen AIF?

Sowohl als auch. Die objektiven Gründe sind bei der Anzeige der einzelnen Auslagerung zu erläutern (vgl. auch die Ausführung zu Frage 6). Bei der Begründung muss die Kapitalverwaltungsgesellschaft den objektiven Grund jedoch auch in Bezug auf die gesamte Auslagerungsstruktur rechtfertigen.

Zudem ist die gesamte Auslagerungsstruktur der Kapitalverwaltungsgesellschaft Bestandteil der Prüfung der Auslagerung des Abschlussprüfers gemäß den §§ 38 Absatz 3, 121 Absatz 3 auch in Verbindung mit 148 Absatz 1 und 136 Absatz 3 auch in Verbindung mit 159 KAGB. Der Prüfungsbericht hat insofern Angaben darüber zu enthalten, inwieweit die Auslagerungsstruktur Artikel 76 der AIFM-VO entspricht.

Die Kapitalverwaltungsgesellschaft muss darüber hinaus jederzeit in der Lage sein, der Bundesanstalt die gesamte Auslagerungsstruktur darzulegen und nachzuweisen, inwieweit diese durch objektive Gründe gemäß Artikel 76 AIFM-VO gerechtfertigt ist (vgl. hierzu auch Artikel 76 Absatz 2 der AIFM-VO, wonach auf Verlangen der BaFin weitere Erläuterungen und Dokumente zur gesamten Struktur zur Verfügung gestellt werden müssen).

11. Briefkastenfirma

Können das Portfoliomanagement und/oder das Risikomanagement vollständig ausgelagert werden? Reicht es aus, ausschließlich administrative Tätigkeiten (die ebenfalls Bestandteil der kollektiven Verwaltung sind) durchzuführen? Reicht es bei vollständiger Auslagerung des Risikomanagements aus, wenn Teilaspekte des Portfoliomanagements wie die Festlegung und Überwachung der Anlagestrategie verbleiben?

Die Beurteilung, inwiefern eine Briefkastenfirma vorliegt, richtet sich nach Artikel 82 der AIFM-VO. Nach Artikel 82 Absatz 1 Buchstabe d AIFM-VO gelten bezüglich der Auslagerung der Portfolioverwaltung und des Risikomanagements quantitative und qualitative Kriterien. Grundsätzlich ist es möglich, dass entweder die Portfolioverwaltung oder das Risikomanagement ausgelagert wird. Es ist auch möglich, dass jeweils Teile ausgelagert werden. Es können jedoch nicht beide Funktionen vollständig ausgelagert werden, so dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft beispielsweise nur administrative Tätigkeiten für alle Investmentvermögen ausübt. Diese administrativen Tätigkeiten sind zwar ebenfalls Kernfunktionen und Bestandteil der kollektiven Vermögensverwaltung (vgl. auch Ausführungen zu Frage 1). Die Beurteilung nach Artikel 82 Absatz 1 Buchstabe d der AIFM-VO bezieht sich jedoch auch in quantitativer Hinsicht ausschließlich auf die Anlageverwaltungsfunktionen, d.h. auf die Portfolioverwaltung und das Risikomanagement (vgl. Anhang I Nummer 1 der AIFM-RL). Die administrativen Tätigkeiten können das ausgelagerte Portfolio- und Risikomanagement daher nicht aufwiegen bzw. können für die quantitative Beurteilung im Sinne des Artikels 82 Absatz 1 Buchstabe d der AIFM-VO nicht herangezogen werden.

Im Übrigen dürfen die ausgelagerten Anlageverwaltungsfunktionen quantitativ die zurückbehaltenen Portfolioverwaltungs- und Risikomanagementfunktionen insgesamt nicht deutlich übersteigen. Diese Beurteilung, inwieweit die ausgelagerten Anlageverwaltungsfunktionen die zurückbehaltenen Portfolioverwaltungs- und Risikomanagementfunktionen übersteigen, hat fondsbezogen zu erfolgen.⁽¹⁾ Dabei sind die für bestimmte Fondsarten und -kategorien unterschiedlichen Anforderungen an die Portfolioverwaltung und das Risikomanagementsystem ebenfalls in die Gewichtung einzubeziehen.

12. Advisory-Modelle

Sind Advisory-Modelle weiterhin zulässig. Wann werden die Grenzen einer reinen Beratung überschritten? Reicht es aus, dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft die Anlageentscheidung trifft?

Ja, vergleiche hierzu die Ausführungen in Ziffer 10, Tz. 1 der KAMaRisk. Danach gilt die Entgegennahme von Informationen oder Empfehlungen Dritter in Bezug auf Vermögensgegenstände, die die Gesellschaft für Anlageentscheidungen benötigt, dann nicht als Auslagerung im Sinne von § 36 KAGB, sofern die qualifizierte Anlageentscheidung von der Kapitalverwaltungsgesellschaft auf Basis der eigenen Analyse der Anlage für das Investmentvermögen beruht. Es reicht aber nicht aus, dass die Anlageempfehlung lediglich einer formalen Kontrolle – z. B. im Hinblick auf die Einhaltung von Anlagegrenzen – unterzogen wird und im Übrigen die Gesellschaft die Empfehlung ohne eigene Beurteilung der Anlage durchführt.

13. Abgrenzung Auslagerung - externe Verwaltung

Wie wird die Auslagerung von der externen Verwaltung abgegrenzt? Wenn bereits die Erbringung nur des Portfoliomanagements oder des Risikomanagements die Erlaubnispflicht auslöst, kann dann ein Portfolioverwalter erlaubnispflichtig werden?

Ob eine Tätigkeit der kollektiven Vermögensverwaltung originär oder im Wege der Auslagerung erbracht wird, ist danach zu beurteilen, wer die Verantwortung gegenüber Dritten (Verantwortung im Außenverhältnis) für die Tätigkeit trägt. Wenn die Portfolioverwaltung im Wege der Auslagerung erbracht wird, löst dies keine Erlaubnispflicht zur kollektiven Vermögensverwaltung aus, weil die Verantwortung im Außenverhältnis weiterhin bei dem auslagernden Unternehmen bleibt.

14. Vollausslagerung des Portfoliomanagements bei Sachwerten

Kann die Portfolioverwaltung auch in Bezug auf Immobilien-Sondervermögen komplett ausgelagert werden, so dass auch Anlageentscheidungen von einem Dritten ausgeübt werden?

Auch in Bezug auf Immobilien-Sondervermögen kann die Portfolioverwaltung ausgelagert werden und auch die Anlageentscheidung zum Kauf oder Verkauf einer Immobilie durch ein Auslagerungsunternehmen getroffen werden. Insofern ist nun auch die Dispositionsbefugnis als Kernkompetenz der Kapitalverwaltungsgesellschaft auslagerungsfähig. In solchen Auslagerungsfällen wird der Kompetenz des Auslagerungsunternehmens besondere Bedeutung zukommen. Die Eignung des Auslagerungsunternehmens - wenn dieses nicht selbst über eine entsprechende Zulassung verfügt - wird im Genehmigungsverfahren durch die BaFin entsprechend geprüft. Insbesondere der Umfang der Auslagerung und das Risiko der Auslagerung auf die Kapitalverwaltungsgesellschaft und das Immobilien-Sondervermögen müssen dabei bewertet werden. Vor dem Hintergrund der Bedeutung einer Entscheidung zum Kauf/Verkauf von Objekten bzw. Sachwerten stellt die Gesetzesbegründung zu § 36 Absatz 1 Nummer 3 KAGB den Genehmigungsfall einer umfangreichen

Auslagerung auf ein nicht zugelassenes Auslagerungsunternehmen auch als Ausnahme gegenüber der Regel dar.

Zudem sind die Regelungen zur Briefkastenfirma zu beachten.

15. Auslagerung vs. Erbringung von Dienstleistungen in Bezug auf Sachwerte

Sind bestimmte Dienstleistungen in Bezug auf die Vermögensgegenstände des AIF (z.B. Property Management bei Immobilienfonds) als Auslagerung zu qualifizieren? Ist die Nutzung eines Dienstleisters für die Vermietung als Auslagerung des Portfoliomanagements zu qualifizieren?

Bei der Verwaltung von bestimmten Vermögensgegenständen, insbesondere von Immobilien oder anderen Sachwerten, sind einzelne Tätigkeiten im Zusammenhang mit diesen Vermögensgegenständen, die keine Dispositionsbefugnis über den Vermögensgegenstand umfassen, z. B. das Facility Management und weitere Verwaltungstätigkeiten, nicht als Teilbereich der Portfolioverwaltung anzusehen. Dies ergibt sich aus Anhang I der Richtlinie 2011/61/EU, der in Absatz 1 die Portfolioverwaltung aufführt und hiervon die weiteren, in Absatz 2 c) genannten Tätigkeiten abgrenzt. Bei einer Übertragung dieser Tätigkeiten müssen daher nicht die weiteren Anforderungen des § 36 Absatz 1 Nummer 3 KAGB erfüllt sein.

Allerdings sollen nach Erwägungsgrund 82 der AIFM-VO die Einschränkungen und Anforderungen für die Auslagerung grundsätzlich für alle in Anhang I der AIFM-RL dargelegten Verwaltungsfunktionen gelten. Unter diese Verwaltungsfunktionen, die bei Übertragung insofern in der Regel als Auslagerung zu qualifizieren sind, fallen damit auch die in Anhang I Absatz 2 c) aufgeführten Verwaltungstätigkeiten wie Facility Management. Hierbei ist jedoch auch zu berücksichtigen, inwieweit sich die Gesellschaft einmalig und in geringem Umfang Dienstleistern zur Unterstützung bedient (bspw. kleinere Reparaturen) oder laufend das Facility Management überträgt. Im Fall einer einmaligen Beauftragung kann dann auch ein bloßer Fremdbezug von Dienstleistungen und keine Auslagerung vorliegen.

Ein bloßer Fremdbezug von Dienstleistungen scheidet indes ungeachtet der vertraglich festgelegten Dauer der Leistungsbeziehung regelmäßig dann aus, wenn dem Vertragspartner hinsichtlich der Leistungserbringung ein wesentlicher Entscheidungsspielraum eingeräumt wird. In diesem Fall ist stets vom Vorliegen einer Auslagerung auszugehen.

Ggf. sind dann die betreffenden Tätigkeiten auch als Portfolioverwaltung anzusehen, so dass deren Übertragung zusätzlich auch den Anforderungen des § 36 Absatz 1 Nummer 3 KAGB genügen muss. In Betracht kommen hierbei Tätigkeiten mit weitgehender Entscheidungsbefugnis bezüglich eines Vermögensgegenstands mit möglicherweise weitreichenden wirtschaftlichen Folgen für den Fonds (z.B. bei Vermietung oder Sanierung von Objekten). Wenn diesbezügliche Entscheidungen hinsichtlich eines Vermögensgegenstandes nach eingehender eigener Prüfung (bspw. Entscheidung über die konkrete Vermietung nach Beratung von Dienstleistern, Entscheidung über eine Renovierungsmaßnahme nach Vorschlag von Architekten oder Planern) bei der Kapitalverwaltungsgesellschaft verbleiben, kann (ähnlich der Wertung zur Anlageberatung, vgl. Frage 13 ein sonstiger Fremdbezug einer Dienstleistung vorliegen und keine Auslagerung. Die Argumentation kann auch in Bezug auf Dispositionsentscheidungen bei anderen Sachwerten (bspw. bei Schiffen) herangezogen werden.

Eine ähnliche Argumentation greift bei der Nutzung von Dienstleistern zur Beratung über Finanzierungen von Sachwerten. Wenn eine eingehende eigene Prüfung und Entscheidung bei der Gesellschaft verbleibt, muss

keine Auslagerung der Portfolioverwaltung vorliegen.

(1) ESMA Q&A on the application of the AIFMD, Section VIII: Delegation, Q&A no. 1 (ESMA34-32-352)

<https://www.bafin.de/ref/19616432> TWITTER [[HTTPS://TWITTER.COM/BAFIN_BUND](https://twitter.com/bafin_bund)]

LINKEDIN [[HTTPS://WWW.LINKEDIN.COM/COMPANY/BAFIN/](https://www.linkedin.com/company/bafin/)] MASTODON [[HTTPS://SOCIAL.BUND.DE/@BAFIN](https://social.bund.de/@bafin)]

INSTAGRAM [[HTTPS://WWW.INSTAGRAM.COM/ACCOUNTS/LOGIN/?NEXT=HTTPS%3A%2F%2FWWW.INSTAGRAM.COM%2FBAFIN_BUND%2F](https://www.instagram.com/accounts/login/?next=https%3A%2F%2Fwww.instagram.com%2Fbafin_bund%2F)]

E-MAIL



[<https://www.erfolgsfaktor-familie.de/>]



charta der **vielfalt**

UNTERZEICHNET

[<https://www.charta-der-vielfalt.de/>]

© BaFin