

Übergangsregelungen nach dem KAGB

Das KAGB tritt zum 22. Juli 2013 in Kraft. Aufgrund der damit verbundenen erheblichen Änderungen kommt es zu zahlreichen Übergangs- und Bestandsschutzvorschriften, die konkret in den §§ 343 – 355 KAGB geregelt sind. Diese sollen den Marktteilnehmern die Möglichkeit einräumen, die bereits verwalteten Fondsprodukte und die eigene Organisation an die aufsichtsrechtlichen Verpflichtungen des KAGB anzupassen. Die konkrete Ausgestaltung ist im Vergleich zu den Regelungen der zugrundeliegenden AIFM-Richtlinie einerseits wesentlich ausdifferenzierter, andererseits folgen aus dieser Komplexität zahlreiche Einzelfragen. Mit dem Auslegungsschreiben „Häufige Fragen zu den Übergangsvorschriften nach den §§ 343 ff. des KAGB“ vom 18. Juni 2013 (das „Auslegungsschreiben“) hat die BaFin nun häufig gestellte Fragen zu den Übergangsvorschriften beantwortet (http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/FAQ/faq_kagb_uebergangsvorschriften_130618.html).

Grundtatbestand

Grundsätzlich gilt, dass AIF-KVG, die vor dem 22. Juli 2013 Tätigkeiten im Sinne des § 20 KAGB ausüben, nach § 343 Abs. 1 KAGB alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen haben, um den Rechtsvorschriften des KAGB nachzukommen. Desweiteren haben sie vor Ablauf des 21. Juli 2014 die Erlaubnis als AIF-KVG zu beantragen oder sich als „kleine AIF-KVG“ registrieren zu lassen. Unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht § 343 Abs. 3 KAGB der AIF-KVG bereits unmittelbar nach dem Stichtag des Inkrafttretens des Gesetzes bis zum 21. Januar 2015 ohne Erlaubnis neue AIF zu verwalten und zu vertreiben. Dabei gilt das InvG bis zum Eingang des Erlaubnisanspruchs bei der BaFin fort. Nach § 345 Abs. 2 KAGB sind die Pflichten des KAGB unmittelbar nach Eingang des Antrags zu beachten. Eine Struktur lässt sich durch das Abstellen auf zwei Kriterien erreichen:

Einerseits das Nichttätigen einer neuen „Anlage“ nach dem Stichtag und der Ablauf der Zeichnungsfrist zum Stichtag.

Standardsituationen nach dem Gesetz

Fallgruppe 1: Keine neue Anlage

Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens kam es insbesondere bezüglich der Bestandsschutznorm des § 353 Abs. 1 KAGB zu einer begrüßenswerten Klarstellung, durch die Streichung des Wortes „ausschließlich“ und der Anpassung an den Wortlaut von Artikel 61 Abs. 3 der Richtlinie 2011/61/EU. Danach benötigen AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften (KVG) keine Erlaubnis oder Registrierung nach diesem Gesetz, soweit sie nur geschlossene Fonds verwalten, die nach dem 21. Juli 2013 keine zusätzlichen Anlagen tätigen (so genannte Altfonds). Für diese gilt das Vermögensanlagegesetz fort (vgl. § 32 Abs. 5 VermAnlG). Dies heißt, dass die AIF-KVG dann eine Erlaubnis oder Registrierung benötigt, sobald sie neben diesen so genannten Altfonds entweder offene Fonds oder geschlossene Fonds verwaltet, die keine Altfonds sind. Insbesondere im Zusammenhang mit dem Kriterium „ausschließlich“ wurde eine „Infektionsgefahr“ verbunden, so dass diese mit Streichung des Wortes „ausschließlich“ nicht mehr besteht. Eine KVG kann nun neben der Verwaltung neuer Fonds auch gleichzeitig Altfonds verwalten (vgl. Ziff. III.2. des Auslegungsschreibens unter Zugrundelegung der Aussage der EU-Kommission im Fragenkatalog zur AIFM-RL, ID 1186 (<http://ec.europa.eu/yqol/index.cfm?fuseaction=question.show&questionId=1186>)).

Als zentrales Tatbestandsmerkmal des § 353 Abs. 1 KAGB wird vorausgesetzt, dass „keine zusätzlichen Anlagen“ getätigt werden. Dieses Merkmal wurde dabei weder im bisherigen Gesetzesentwurf noch in der Gesetzesbegründung definiert. Entsprechend

der Auffassung der EU-Kommission kann von der „Tätigung einer zusätzlichen Anlage“ ausgegangen werden, wenn ein neuer Vertrag abgeschlossen wird, der eine Investition von Kapital zu Ertragszwecken beinhaltet (vgl. Ziff. III.5. des Auslegungsschreibens). Dagegen ist die Verwaltung eines AIF-Portfolios, die ausschließlich dessen Werterhaltung dient, nicht als „Tätigung einer zusätzlichen Anlage“ anzusehen. Investitionen in einem beschränkten Umfang erfüllen nicht das Tatbestandsmerkmal „Tätigung einer zusätzlichen Anlage“, sofern sie (1) auf bestehende Verpflichtungen zurückzuführen sind, (2) einen geringfügigen Anteil des AIF-Portfolios ausmachen und (3) ausschließlich der Werterhaltung des Portfolios dienen. Bis zu welchem Prozentsatz noch von einem geringfügigen Anteil des AIF-Portfolios gesprochen werden kann, ist noch nicht hinreichend geklärt, aktuell werden wohl 20 Prozent angenommen (vgl. auch das BaFin Ergebnisprotokoll vom 25. März 2013, Seite 1).

Fallgruppe 2: Ablauf Zeichnungsfrist am 21. Juli 2011/ Fondsende am 21. Juli 2016

Eine AIF-KVG, die ausschließlich Investmentvermögen verwaltet, deren Zeichnungsfrist vor dem 22. Juli 2011 ablief (Inkrafttreten der Richtlinie am 21. Juli 2013) und die für einen Zeitraum bis zum 21. Juli 2016 läuft, ist erlaubnisfrei nach § 353 Abs. 3 KAGB. In diesem Fall gilt ebenso das Vermögensanlagegesetz fort (vgl. § 32 Abs. 6 VermAnlG).

Fallgruppe 3: Noch Anlagen getätigt/Zeichnungsfrist abgelaufen

Für AIF-KVGs, die einen Erlaubnis Antrag stellen und die Investmentvermögen verwalten, deren Zeichnungsfrist vor dem 22. Juli 2013 ablief und die auch danach noch Anlagen tätigen, gelten ab Eingang des Antrags einzelne Regelungen des KAGB gemäß § 353 Abs. 4 KAGB. Bis zur Stellung des Antrags gilt auch bei dieser Fallgruppe das Vermögensanlagegesetz fort und ab Eingang des Antrags das Vermögensanlagegesetz mit Ausnahme der Rechnungslegungsvorschriften (vgl. § 32 Abs. 7 VermAnlG).

Fallgruppe 4: Noch Anlagen getätigt/Zeichnungsfrist abgelaufen (De-Minimis-Regelung)

Der Unterschied zu der zuvor genannten Fallgruppe besteht darin, dass gemäß § 353 Abs. 5 bestimmte Vorschriften des KAGB Anwendung finden für

registrierungspflichtige KVGs, deren verwaltetes Fondsvermögen den Schwellenwert von 100 Millionen Euro nach § 2 Abs. 5 KAGB nicht überschreitet. Bei der Anwendbarkeit dieser Übergangsregelung würden mithin nur einzelne Normen des KAGB Anwendung finden, insbesondere bezüglich der Managerregeln, wie Zulassung als KVG, Beauftragung einer Verwahrstelle §§ 80 – 90 KAGB, Einführung eines Risikomanagements, Bewertung nach §§ 271 – 272 KAGB, hingegen nicht die Einhaltung der nationalen Produktregelungen (insbesondere Leveragegrenze, Mindestzeichnungssumme bzw. Risikomischung). Zur Geltung des Vermögensanlagegesetz gilt das zuvor Gesagte.

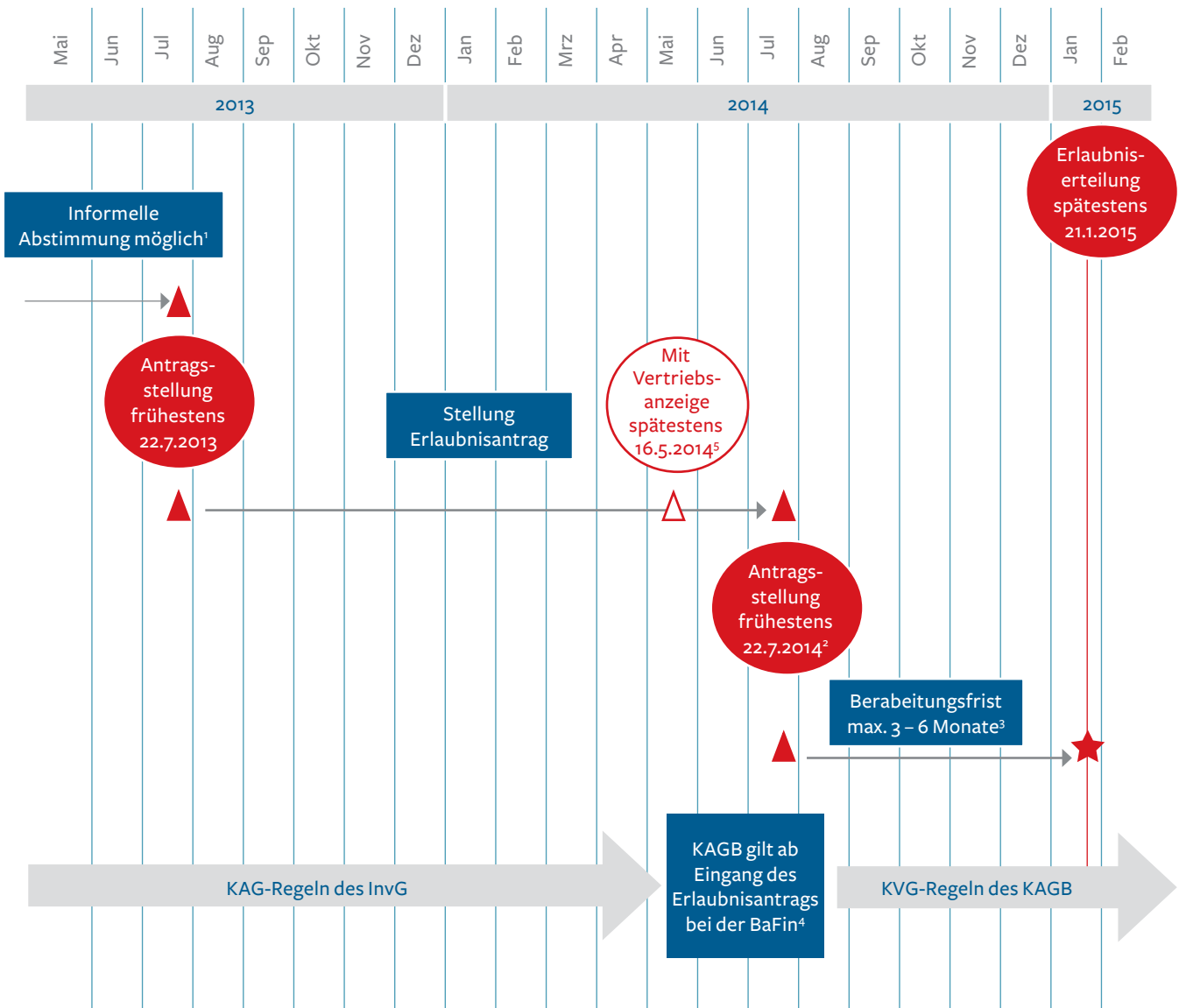
Fallgruppe 5: Noch Anlagen getätigt/Zeichnungsfrist läuft noch

Eine AIF-KVG, die Investmentvermögen verwaltet, deren Zeichnungsfrist nicht zum 22. Juli 2013 abläuft und die danach noch Anlagen tätigen, müssen die Anlagebedingungen (inkl. Genehmigung) und Gesellschaftsverträge anpassen. Der Vertrieb kann bis zu diesem Datum nach den bisherigen Vorschriften fortgeführt werden, was auch für Privatplatzierungen gilt. Das Vertriebsrecht erlöscht am 21. Juli 2014 gemäß §§ 353 Abs. 6, 351 Abs. 1 bis 4 KAGB. Das Vermögensanlagegesetz gilt fort bis zur Stellung des Erlaubnis Antrags, wenn die Vermögensanlage vor dem Stichtag von mindestens einem Anleger gezeichnet wurde gemäß § 32 Abs. 8 VermAnlG.

Übergangsregelungen für offene AIF

Bei den offenen AIF wird danach unterschieden, ob der AIF bereits nach dem InvG reguliert war (§ 345 KAGB) oder nicht (§ 351 KAGB). Nach § 345 Abs. 1, 3 KAGB müssen die Anlagebedingungen oder die Satzung der offenen AIF bis spätestens 21. Juli 2014 angepasst werden. Diese Anpassungen müssen spätestens mit dem Antrag auf Erlaubniserteilung an die BaFin erfolgen, wobei auch hier bis zum Eingang des Erlaubnis Antrags bei der BaFin das InvG fort gilt. Für den Vertrieb offener AIF gilt nach § 345 Abs. 6, 7 KAGB, dass bereits vor dem 22. Juli 2013 aufgelegte inländische Publikums- oder Spezial-AIF weiterhin und längstens bis zum 21. Juli 2014 oder bis zum Inkrafttreten der angepassten Anlagebedingungen nach den Vorgaben des InvG vertrieben werden können. Danach ist ein Vertrieb nur noch nach erfolgreichem Anzeigeverfahren statthaft.

Zeitplan für den AIF-KVG Erlaubnis Antrag



¹ Protokoll Sitzung AK KAGB vom 24.1.2013, S. 4

² § 343 Abs. 1 Satz 2 KAGB

³ § 22 Abs. 2 KAGB

⁴ § 345 Abs. 2 Sätze 1 und 2. Abs. 3 Satz 2 KAGB; gilt auch für Level II, Protokoll Sitzung AK KAGB vom 15.2.2013, S.3

⁵ Wegen Wechselwirkung und Zeitabläufen Publikums-AIF und ggf. Spezial-AIF (siehe Folgeseite)

Quelle: BVI 2013

Vertrieb von Drittstaaten-AIF

Von größter praktischer Bedeutung sind insbesondere für US-Anbieter die Regeln für den Vertrieb von Drittstaaten-AIF. Einschlägig ist nach Ziff. 9 des BaFin-Auslegungsschreibens § 353 Abs. 6 Satz 2 KAGB, der auf § 351 Abs. 5 verweist, wonach § 345 Abs. 8 Sätze 2, 3 und 5 KAGB entsprechend anwendbar sind. Folglich soll das für den geschlossenen EU-AIF oder den geschlossenen ausländischen AIF geltende Vertriebsrecht fortbestehen „nach den Vertriebsvorschriften, die für diese Investmentvermögen vor dem 22. Juli 2013 anwendbar waren“¹ bis zum Abschluss des Anzeigeverfahrens aber längstens bis zum 21. Juli 2014. Daher ist eine Einstellung der Privatplatzierung eines US-Fonds zum Stichtag des 22. Juli 2013 nicht notwendig. Gleichwohl ist ohne ein erfolgreich durchgeführtes Anzeigeverfahren der Vertrieb – und damit eben auch eine Privatplatzierung – spätestens am 21. Juli 2014 einzustellen. Hierfür muss jedoch tatsächlich eine Vertriebstätigkeit vor dem 22. Juli 2013 stattgefunden haben.

Praxisfall für eine inländische KVG

Zur Illustrierung der Komplexität sei ein Praxisbeispiel für eine inländische KVG angeführt, dem ein realer Sachverhalt zugrunde liegt: Die Fondsgesellschaft X (geschlossener Publikums-AIF), die von der Bankengruppe A initiiert wurde, wird derzeit von der geschäftsführenden Kommanditistin bzw. der Geschäftsbesorgerin Y verwaltet. Über eine weitere Gesellschaft Z, über welche die X die Kontrolle ausübt, erfolgen nach dem Stichtag des 22. Juli 2013 hinaus noch neue Anlagen. Die De-Minimis-Regelungen sind wegen des Fondsvolumens nicht einschlägig. Die Funktion der zu bestellenden KVG soll eine Gesellschaft der A übernehmen. Diese soll für etwaiges Neugeschäft möglichst schnell nach dem Stichtag die Erlaubnis nach § 22 KAGB erhalten.

Eine Gestaltungsalternative besteht darin, die Investitionstätigkeit direkt nach dem Stichtag fortzusetzen und eine AIF-KVG erst zu einem späteren Zeitpunkt zu bestellen.

Im Grundsatz geht § 353 Abs. 4 KAGB von der Konstellation aus, dass der AIF von einer Gesellschaft vor dem Stichtag verwaltet wird (was hier nicht der Fall

ist), die auch danach unter dem KAGB die Verwaltung übernimmt. Für die gesetzliche Grundkonstellation bestimmt § 353 Abs. 4 KAGB, dass die dort genannten Bestimmungen des KAGB ab der Stellung des Erlaubnisanspruchs gemäß § 22 KAGB gelten. Unter die dort genannten Bestimmungen fällt § 343 KAGB, wonach eine AIF-KVG vor Ablauf des 21. Juli 2014 die Erlaubnis nach § 22 KAGB zu beantragen hat. Hieraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die AIF-KVG bis zum Ablauf des 21. Juli 2014 Zeit hat, den Antrag auf Erlaubnis nach § 22 KAGB zu stellen und in der Zwischenzeit die in § 353 Abs. 4 KAGB genannten Anforderungen nicht umsetzen muss.

Der hier vorliegende Sachverhalt hat seine Besonderheit darin, dass nicht die ursprünglich tätige Gesellschaft den Antrag nach § 22 KAGB einholt, sondern eine andere Gesellschaft als AIF-KVG bestellt werden soll. Es stellt sich die Frage, ob dieser Sachverhalt gleich behandelt werden kann mit dem Ergebnis, dass eine Bestellung einer AIF-KVG für einen AIF bis zum Ablauf des 21. Juli 2014 erfolgen kann.

Dafür spricht, dass die Übergangsregelung in § 343 KAGB nach Versagung der Erlaubnis die Übertragung der Verwaltung auf eine andere Gesellschaft zulässt und damit die fehlende Erlaubnis „heilt“, vgl. § 343 Abs. 5 KAGB.

Im Rahmen der gleichen Übergangsregelung nun eine Übertragung nach der Versagung eines Erlaubnisanspruchs zuzulassen, zuvor hingegen nicht, erscheint aus Sicht des Schutzbedürfnisses der Anleger jedoch inkonsequent. Denn für den Anleger macht es keinen Unterschied, ob eine Übertragung der Verwaltung vor oder nach einem negativ beschiedenen Erlaubnisanspruch erfolgt.

In analoger Anwendung des § 343 Abs. 5 KAGB wäre zudem darauf zu achten, dass für die Übertragung der Verwaltung die Zustimmung von Anlegern, die mehr als 50 Prozent der Anteile des AIF halten, eingeholt wird.

Zu beachten ist ferner, dass bei Stellung des Antrags auf Genehmigung vollständige Compliance mit den in § 353 Abs. 4 KAGB genannten Anforderungen bestehen muss. Die Bestellung der AIF-KVG sollte deshalb erst zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem bereits sämtliche Anforderungen des § 353 Abs. 4 KAGB umgesetzt sind.

¹ Einschlägig ist § 2 VermAnlG.

Wir werden regelmäßig über den Fortgang der europäischen und nationalen Verwaltungspraxis berichten.

Sollten Sie zu dieser Publikation noch mehr Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an einen der folgenden Ansprechpartner:

Dr. Simon G. Grieser

Partner, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 2751
sgrieser@mayerbrown.com

Beate Dinges

Associate, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1134
bdinges@mayerbrown.com

Dr. Ingo Kleutgens

Partner, Frankfurt am Main
German Co-Head Funds & Asset Management
T +49 69 7941 1591
ikleutgens@mayerbrown.com

Thomas Lesser

Counsel, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1066
tlesser@mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services organization advising many of the world's largest companies, including a significant portion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest banks. Our legal services include banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory & enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

OFFICE LOCATIONS AMERICAS: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, New York, Palo Alto, Washington DC
ASIA: Bangkok, Beijing, Guangzhou, Hanoi, Ho Chi Minh City, Hong Kong, Shanghai, Singapore
EUROPE: Brussels, Düsseldorf, Cologne, Frankfurt, London, Paris
TAUIL & CHEQUER AVOGADOS in association with Mayer Brown LLP: São Paulo, Rio de Janeiro

Please visit our web site for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices. www.mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services provider comprising legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe - Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated entities in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

This Mayer Brown publication provides information and comments on legal issues and developments of interest to our clients and friends. The foregoing is not a comprehensive treatment of the subject matter covered and is not intended to provide legal advice. Readers should seek specific legal advice before taking any action with respect to the matters discussed herein.

© 2013. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.