

Breit aufstellen

Fonds-Brief

Aktuelle Informationen zu geschlossenen Fonds und anderen Kapitalanlagen

Ausgabe: April 2013 www.roedl.de

Lesen Sie in dieser Ausgabe:

Vorwort

Gesetzgebung

- > ESMA Abschlussbericht zu den Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik gemäß der AIFM-Richtlinie
- > Ausgewählte Folgen des FATCA-Abkommens
- > Der Begriff des Alternativen Investmentfonds (AIF)

Zivilrecht

- > BGH: Zur Herausgabe von Anlegerdaten

Steuerrecht

- > Neue Besteuerungsfolgen für Geschlossene Fonds nach Umsetzung der AIFM-Richtlinie?
- > Zur Bilanzierung von Verbindlichkeiten bei vorhandenen Rangrücktrittsvereinbarungen

steht die letzte Etappe bei der Einführung des KAGB und damit der Umsetzung der AIFM-Richtlinie an und es gilt, in der restlichen verbleibenden Zeit von weniger als vier Monaten umfangreiche neue Prozesse zu implementieren und das Geschäftsmodell an das neue Recht endgültig anzupassen. Wir werden Sie dabei mit einer Vielzahl an Informationen in Form unserer Newsletter sowie von Vortragsveranstaltungen weiter begleiten, wobei wir in den nächsten Monaten den Schwerpunkt auf die Details der Umsetzung legen werden. Den Anfang hierzu machen Vortragsveranstaltungen zu den Themen Risikomanagement und Bewertung.

Auch Rödl & Partner stellt sich als Berater und Dienstleister im Bereich Geschlossene Fonds (oder künftig „AIF“) neu auf und erweitert das Serviceangebot. So wurde im März die Rödl AIF Verwahrstelle GmbH mit dem Sitz in Hamburg gegründet, um künftig als alternative Verwahrstelle bei geschlossenen AIF fungieren zu können. Gerne sprechen wir mit Ihnen über diesen neuen Baustein unseres Angebots, warten allerdings zugleich noch auf letzte Festlegungen der Aufsichtsbehörden, welche Anforderungen sie an Verwahrstellen konkret stellen werden.

Für die kommenden, spannenden und umwälzenden Monate wünsche ich Ihnen allen Mut, Durchhaltewillen und vor allem Erfolg. In diesem Sinne viel Spaß beim Lesen!

Mit herzlichen Grüßen



Martin Führlein

Vorwort

Von **Martin Führlein**, Rödl & Partner Hamburg

Liebe Leserinnen und Leser des Fonds-Briefs,

die Ostertage liegen hinter uns und damit hoffentlich eine Gelegenheit für Sie alle, Ruhe und Kraft zu tanken. Nun

Gesetzgebung

> ESMA Abschlussbericht zu den Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik gemäß der AIFM-Richtlinie

Von **Sebastian Schübler**, Rödl & Partner Hamburg und **Dr. Dietrich Wagner**, Rödl & Partner Hamburg

Am 11. Februar 2013 hat die ESMA (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde) den Abschlussbericht zu den Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik gemäß der AIFM-Richtlinie (ESMA Final Report Guidelines on sound remuneration policies under the AIFMD) veröffentlicht. Mit diesen Leitlinien werden die in Anhang 2 der AIFM-Richtlinie enthaltenen Grundsätze der Vergütungspolitik für AIFM konkretisiert.

Steuerung systemischer Risiken und angemessener Anlegerschutz

Die grundlegende Zielsetzung der Leitlinien lässt sich mittelbar aus den ersten beiden Grundsätzen von Anhang 2 der AIFM-Richtlinie entnehmen. So muss die Vergütungspolitik für AIFM mit einem soliden und wirksamen Risikomanagement vereinbar und diesem förderlich sein. Zudem darf sie nicht zur Übernahme von Risiken ermutigen, die mit den Risikoprofilen, Vertragsbedingungen oder Satzungen der verwalteten AIF unvereinbar sind. Gleichzeitig muss die Vergütungspolitik mit Geschäftsstrategie, Zielen, Werten und Interessen des AIFM und der von ihm verwalteten AIF oder der Anleger solcher AIF in Einklang stehen und auch Maßnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten umfassen.

Innerhalb der Vergütungsleitlinien der ESMA werden diese Ziele konkretisiert, in dem auch die künftig geforderte „Vergütungs-Governance“ im Detail ausgeführt wird. Insbesondere für Abgrenzungs- und Auslegungsfragen können diese Zielvorgaben und Governance-Elemente wichtige Anhaltspunkte bei Umsetzung und Anwendung der Leitlinien bieten.

Anwendungsbereich – AIFM und identified staff; Auslagerungsunternehmen

Die Leitlinien richten sich gemäß deren Ziffer 3 sowohl an AIFM als solche als auch an einen näher bestimmten Kreis ihrer Mitarbeiter bzw. an bestimmte Mitarbeiter von Aus-

lagerungsunternehmen, sogenannte identified staff. Ein hilfreiches Instrument zur Klärung der Frage, welche Leitlinien dabei für AIFM als solche oder nur für identified staff gelten, bietet dabei die dem Abschlussbericht angefügte Anlage 2.

Identified staff – Mitarbeiter des AIFM

Für die Zuordnung einer Person zum identified staff ist letztlich die Frage entscheidend, ob die berufliche Tätigkeit der Person wesentliche Auswirkungen auf das Risikoprofil des zugehörigen AIFM oder der von diesem verwalteten AIF hat. Diese Personalkategorisierung obliegt den AIFM selbst, die folglich den entsprechenden Aufsichtsbehörden gegenüber in der Lage sein müssen, darzulegen, auf welche Weise die Auswahl des identified staff erfolgte.

Zum identified staff gehören nach der Definition in den Leitlinien insbesondere obere Führungskräfte, Risikoträger, Mitarbeiter in Steuerungs- oder Kontrollfunktionen sowie andere Mitarbeiter, die mit der Vergütung von oberen Führungskräften und Risikoträgern vergleichbare Gesamtvergütungen beziehen und deren berufliche Tätigkeiten wesentliche Auswirkungen auf das Risikoprofil des AIFM oder der von diesem verwalteten AIF haben.

Diese eher allgemeine Definition wird in Abschnitt VI der Leitlinien weiter konkretisiert und durch Beispiele ergänzt. So wird im Rahmen der ebenfalls erfassten „weiteren Risikoträger“ („other risk takers“) etwa die Fähigkeit, Verträge abzuschließen, als Kriterium genannt, anhand dessen beurteilt werden kann, ob die berufliche Tätigkeit eines derartigen Mitarbeiters einen wesentlichen Einfluss auf die Risikolage des AIFM oder eines von diesem verwalteten AIF hat.

Dass hinsichtlich der Einordnung von Personal letztlich von dessen Einfluss auf das Risikoprofil auszugehen ist, wird besonders an einem beispielhaft genannten Ausnahmefall deutlich, nach dem ein Mitarbeiter trotz einer verhältnismäßig niedrigen Vergütung dennoch einen wesentlichen Einfluss auf das Risikoprofil des fraglichen AIF haben könne und somit zum identified staff zu zählen ist.

Bei diesen in den Leitlinien genannten Personalkategorien handelt es sich dabei um keine starren Zuordnungen, vielmehr wird auch im konkreten Fall der Nachweis zugelassen, dass der jeweilige Mitarbeiter keinen wesentlichen Einfluss auf das Risikoprofil des AIFM oder der von diesem verwalteten AIF hat. Auch wird in den ESMA Leitlinien ausdrücklich klargestellt, dass die dort genannten Beispiele zur Personalkategorisierung nicht abschließend sind.

Identified staff – Mitarbeiter von Auslagerungsunternehmen

Zu beachten ist bei der von den Leitlinien vorgegebenen Personalkategorisierung, dass diejenigen Personen, an die ein AIFM das Portfolio- oder das Risikomanagement ausgelagert hat, und deren berufliche Tätigkeiten wesentliche Auswirkungen auf das Risikoprofil des zugehörigen AIF haben, ebenfalls zum identified staff zu zählen sind.

Erfasste Vergütungsformen

Der Bereich der erfassten Vergütungsformen wird sehr weit gesteckt. So sind insbesondere sowohl fixe als auch variable sowie monetäre als auch nicht (direkt) monetäre Vergütungsformen erfasst, die von einem AIFM oder einem AIF dem identified staff als Gegenleistung für berufliche Leistungen gewährt werden.

Wie oben ausgeführt, ist auch an dieser Stelle zu berücksichtigen, dass die Grundsätze der Vergütungsleitlinien auch für diejenigen Unternehmen gelten, an die Portfolio- und Risikomanagement ausgelagert wurden. Wichtig ist in diesem Zusammenhang das in den Leitlinien geregelte Umgehungsverbot. Danach haben AIFM insbesondere zu gewährleisten, dass keine Methoden angewandt werden, die darauf gerichtet sind, die Bestimmungen der AIFM-Richtlinie sowie der Vergütungsleitlinien künstlich zu umgehen („artificially evading“).

Vergütungsausschuss

Zu den Aufgaben eines Vergütungsausschusses zählen insbesondere umfangreiche Mitwirkungs- und Kontrollfunktionen im Rahmen der Ausgestaltung und laufenden Überwachung der konkreten Vergütungspolitik eines AIFM.

Um diese Aufgaben unabhängig von den oberen Führungskräften ausüben zu können, muss ein Vergütungsausschuss nach Maßgabe der Leitlinien über eine besondere Zusammensetzung verfügen, so etwa über einen Vorsitz in Form eines unabhängigen, nicht exekutiv tätigen Mitglieds („independent, non-executive member“).

Wann ein AIFM allerdings überhaupt über einen Vergütungsausschuss verfügen muss, wird in den Leitlinien nicht abschließend geklärt. Zum einen wird in den zugehörigen Vorschriften gesagt, dass auch AIFM, die nach den Vorgaben der AIFM-Richtlinie grundsätzlich keinen Vergütungsausschuss installieren müssten, dies dennoch aus Gründen guter Unternehmensführung („as a matter of good practice“) in Erwägung ziehen sollten. Zum anderen werden Kriterien benannt, die bei der Frage nach der Erforderlichkeit eines Vergütungsausschusses berücksichtigt werden müssen. Hierzu zählen etwa die rechtliche Strukturierung, die verwalteten Assets oder die Mitarbeiteranzahl eines AIFM.

Allerdings werden in Verbindung mit dem in Artikel VII der Leitlinien konkretisierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch Beispiele für AIFM genannt, die möglicherweise keinen Vergütungsausschuss installieren müssen. Hierzu zählen insbesondere AIFM, bei denen der Wert der Portfolios der von ihnen verwalteten AIF 1,25 Milliarden Euro nicht übersteigt und die nicht mehr als 50 Mitarbeiter haben, einschließlich der Mitarbeiter, die für das Management von OGAW und die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 6 Abs. 4 der AIFM-Richtlinie zuständig sind. Bei der Neufassung dieses Beispiels im Final Report zeigt sich eine deutliche Abweichung zum zugehörigen Consultation Paper der ESMA, wo zum einen die Schwelle noch bei 250 Millionen Euro angesetzt und zum anderen nicht mit einer bestimmten Mitarbeiteranzahl verbunden war.

Offenlegungspflichten

Die Leitlinien verpflichten AIFM grundsätzlich zur Offenlegung detaillierter Informationen über ihre Vergütungspolitik und Vergütungspraxis hinsichtlich der Mitarbeiter, die aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeiten einen wesentlichen Einfluss auf das Risikoprofil der AIF haben, die von dem AIFM verwaltet werden. Zudem sind allgemeine Informationen zu den grundsätzlichen Merkmalen der Vergütungspolitik und Vergütungspraxis hinsichtlich des AIFM als solchen zur Verfügung zu stellen.

Die Leitlinien sehen diesbezüglich eine wichtige Ausnahmeregelung vor: Von kleinen oder nicht komplexen AIFM / AIF wird gegebenenfalls nur die Bereitstellung einiger qualitativer und nur sehr allgemein quantitativer Informationen erwartet. Welchem Adressatenkreis gegenüber diese Informationen offenzulegen sind, wird in den Leitlinien allerdings nicht näher ausgeführt.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Artikel VII der Leitlinien zeigt, auf welche Weise der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick auf die Vergütungspolitik von AIFM anzuwenden ist. Insbesondere werden hier abschließend eine Reihe von Anforderungen hinsichtlich der Vergütungspolitik genannt, die aus Gründen der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall entfallen können.

Eine tabellarische Übersicht über diese aus Verhältnismäßigkeitserwägungen möglicherweise nicht erforderlichen Anforderungen bietet die bereits eingangs erwähnte, dem ESMA Abschlussbericht angefügte Anlage 2.

Folgende Schritte

Derzeit liegen die Leitlinien lediglich in englischer Sprache vor. Sie werden im folgenden Verfahrensschritt in die Amtssprachen der EU übersetzt und auf der Website der

ESMA veröffentlicht. Nach der Veröffentlichung haben die jeweiligen Aufsichtsbehörden innerhalb von zwei Monaten Gelegenheit, der ESMA anzuzeigen, ob sie die Leitlinien anwenden werden. Die Leitlinien sind – vorbehaltlich der Übergangsregelungen in der AIFM-Richtlinie – ab dem 22. Juli 2013 anwendbar.

Kontakt für weitere Informationen



Sebastian Schüßler

Rechtsanwalt

Tel.: + 49 (40) 22 92 97 – 532

E-Mail: sebastian.schuessler@roedl.de

Kontakt für weitere Informationen



Dr. Dietrich Wagner

Rechtsanwalt

Tel.: + 49 (40) 22 92 97 – 530

E-Mail: dietrich.wagner@roedl.de

> Ausgewählte Folgen des FATCA-Abkommens

Von Dr. Andreas Demleitner, Rödl & Partner Nürnberg

Am 21. Februar 2013 haben die Bundesrepublik Deutschland und die USA ein Abkommen zur Förderung der Steuerehrlichkeit bei grenzüberschreitenden Sachverhalten (sogenannte FATCA-Abkommen) paraphiert ([vergleiche Fonds-Brief direkt vom 27. Februar 2013](#)). Da bislang eine Ratifizierung durch die Vertragsparteien noch nicht stattfand, ist das Abkommen weder veröffentlicht noch in Kraft getreten. Dem Bundesministerium für Finanzen zufolge gleicht das zur Unterzeichnung anstehende Vertragswerk jedoch weitgehend dem im Juli 2012 veröffentlichten Musterabkommen, so dass dessen Inhalt und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen nachfolgend näher erläutert werden sollen.

Das Abkommen untergliedert sich in unmittelbar die beiden Vertragsstaaten einerseits sowie die das jeweilige deutsche Finanzinstitut andererseits betreffende Abschnit-

te. Als Finanzinstitut wird hierbei jedes Rechtsgebilde qualifiziert, das entweder Vermögensgegenstände auf Rechnung Dritter hält, Einlagen für Bank- oder ähnliche Geschäfte entgegennimmt oder das Investitionen für Dritte vornimmt und verwaltet. Die Definition ist sehr weit gefasst und mag im Einzelfall zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Eindeutig scheint jedoch, dass auf deutscher Seite Banken, Versicherungen, Pensionskassen sowie offene und geschlossene Fonds hierunter zu fassen sind. Unklarheiten können sich jedoch im Detail ergeben, z.B. bei der Frage, ob auch das Sondervermögen selbst – das aus deutscher Sicht keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt – ein Treuhänder oder die Verwahrstelle diese Kriterien erfüllt.

Art. 2 des Abkommens verpflichtet die Bundesrepublik Deutschland zur Einholung und zur jährlichen Weitergabe an die US-Steuerbehörden unter anderem der folgenden Daten:

Name, Adresse und US-Steuer Nummer jeglicher US-Personen (US-Staatsbürger, in den USA ansässige Personen, in den USA gegründete Personen- oder Kapitalgesellschaften, sowie ausländische Gesellschaften, die von US-Personen kontrolliert werden), die ein Konto bei dem Finanzinstitut unterhalten. Als Konto wird hierbei jeglicher Eigen- oder Fremdkapitalanteil an dem Finanzinstitut sowie jegliche Vermögens- oder Gewinnbeteiligung betrachtet;

- > Kontonummer und Name des Finanzinstituts;
- > Kontostand am Jahresende sowie
- > alle Zahlungen / Gutschriften inklusive Kapitalrückzahlungen innerhalb des Kalenderjahres.

Diese Norm erfordert daher noch die Umsetzung der jeweiligen Befugnisse und Verpflichtungen in nationales Recht im Rahmen der Einzelgesetze.

Art. 3 legt weitere Schritte für die technische Umsetzung des Informationsaustausches fest. So dürfen etwa die Zahlungen auf das jeweilige Konto nach deutschem Steuerrecht ermittelt werden. Der Informationsaustausch hat gemäß Abs. 5 bis zum 30. September des auf das Kalenderjahr folgenden Jahres zu erfolgen. Bestimmte Erleichterungen gelten für Konten, die bereits zum 31. Dezember 2013 bestanden haben. Zu beachten und eventuell verfassungsrechtlich problematisch ist hierbei, dass der (abgestufte) Informationsaustausch bereits für Zahlungen des Jahres 2013 erfolgen soll.

Mittelbar wird gemäß Art. 4 auch das einzelne Finanzinstitut zum Adressat des Abkommens, da dieses nur dann von der Verpflichtung zum Quellensteuereinbehalt nach § 1471 IRC entbunden wird, wenn zum einen Deutschland seine Verpflichtungen aus dem Abkommen erfüllt und zum anderen das Institut selbst die notwendigen Informationen an die deutsche Steuerbehörde übermittelt und einen Quellensteuereinbehalt von 30 Prozent vornimmt, wenn die Zahlungen an ein nicht kooperierendes

Finanzinstitut geleistet werden. Bei Erfüllung dieser Pflichten werden die USA sowohl vom Erfordernis des Quellensteuereinbehalts als auch von einer Anweisung der Schließung dieser Konten absehen. Nach Art. 5 Abs. 1 kommt den US-Steuerbehörden das Recht zu, im Falle von unwesentlichen Verstößen gegen Verpflichtungen aus diesem Abkommen das jeweilige Finanzinstitut direkt zur Behebung dieses Missstands aufzufordern. Bei erheblichen Verstößen erfolgt eine Mitteilung an die deutsche Steuerbehörde, welche für eine Behebung innerhalb von 18 Monaten sorgen muss, da ansonsten die Privilegierung des Finanzinstituts durch das Abkommen entfällt. Zu beachten ist auch, dass im Falle der Beauftragung von Dienstleistern, das jeweilige Finanzinstitut weiter zur Erfüllung der auferlegten Pflichten verantwortlich bleibt.

Als Leitfaden zur Identifikation in Frage kommender Konten von US-Personen und von nicht kooperierender weiterer Finanzinstitute wird ein Anhang zum Abkommen zur Verfügung gestellt (alternativ können hierzu auch die Verwaltungsanweisungen der US-Steuerbehörden herangezogen werden). Grundsätzlich müssen etwa für zum 31. Dezember 2013 bestehende Konten natürlicher Personen keine Informationen weitergeleitet werden, wenn deren Kontensaldo zum Jahresende maximal USD 50.000 beträgt. Soweit der Saldo einer natürlichen Person diesen Betrag übersteigt, muss das Finanzinstitut die über diese Person gespeicherten Daten nach bestimmten Kriterien durchsuchen (z.B. Adresse oder Geburtsort in den USA, Vollmacht einer in den USA ansässigen Person). Solange keines dieser Kriterien bei einem Konteninhaber identifiziert wird, sind keine weiteren Maßnahmen zu veranlassen. Unklar ist in diesem Zusammenhang jedoch, wie oft das jeweilige Finanzinstitut zur Überprüfung der Daten verpflichtet ist. Da ein Informationsaustausch jährlich vorgesehen ist, sollte daher eine entsprechende Revision zumindest im gleichen Zeitabstand erfolgen. Sofern jedoch das Vorliegen eines Kriteriums bejaht wird, muss das Finanzinstitut vom jeweiligen Konteninhaber im Wesentlichen einen Nachweis über dessen Eigenschaft als Nicht-US-Steuerpflichtiger fordern. Andernfalls gilt dieser als US-Person im Sinne des §§ 1471 ff. IRC. Bei Konten natürlicher Personen mit einem Wert über 1.000.000 USD hat das Finanzinstitut in Abhängigkeit vom Umfang des internen Datenerhebungssystems gegebenenfalls weitere Informationen einzuholen. Für nach dem 31. Dezember 2013 eröffnende Konten gilt die 50.000 USD-Grenze entsprechend, sofern das Konto kein Spareinlagenkonto ist. Andernfalls ist das Finanzinstitut verpflichtet, bei Kontoeröffnung vom Kunden den Nachweis über dessen Eigenschaft als Nicht-US-Person zu fordern. Für Personen- oder Kapitalgesellschaften als Konteninhaber gelten wiederum strengere Nachforschungspflichten und ein Grenze von 250.000 USD.

Das Abkommen erleichtert deutschen Finanzinstituten das Einhalten der FATCA-Bestimmungen und Anhang I zum Vertragswerk bietet vielfach Hinweise zum Vorgehen

hinsichtlich der Überprüfung zum Vorliegen einer US-Person im oben genannten Sinn. Auch wenn das Abkommen noch nicht unterzeichnet ist, sollten Fonds und andere Finanzinstitute nicht mit dessen Umsetzung zögern, um einen Quellensteuereinbehalt von 30 Prozent zu entgehen, zumal die Normen des FATCA bereits für ab dem 1. Januar 2013 geleistete Zahlungen Anwendung finden.

Kontakt für weitere Informationen



Dr. Andreas Demleitner

Rechtsanwalt
Steuerberater

Tel.: + 49 (9 11) 91 93 – 1013

E-Mail: andreas.demleitner@roedl.de

> Der Begriff des Alternativen Investmentfonds (AIF)

Von **Philipp Marx**, Rödl & Partner Hamburg und
Dr. Dietrich Wagner, Rödl & Partner Hamburg

Mit dem spätestens am 22. Juli 2013 inkrafttretenden Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) sieht die Branche der geschlossenen Fonds bekanntermaßen (siehe [Fonds-Brief direkt vom 19. Dezember 2012](#)) einer umfassenden Neu-regulierung entgegen. Dabei stellt sich für alle Akteure die Frage, welche Kapitalanlageprodukte unter den Begriff des Alternativen Investmentfonds (AIF) und mithin in den Anwendungsbereich des KAGB fallen. Das Bedürfnis einer raschen Klärung ist verständlich, denn neben finanziell aufwändigen Umstrukturierungsmaßnahmen drohen steuer- und haftungsrechtliche Risiken. Am 27. März 2013 hat die BaFin den Entwurf eines Auslegungsschreibens zum Anwendungsbereich des KAGB veröffentlicht. Unter Vorbehalt möglicher Änderungen lassen sich dem Schreiben wichtige Hinweise der BaFin im Hinblick auf den künftigen Anwendungsbereich des KAGB entnehmen, deren Einzelheiten wir Ihnen im Nachfolgenden näherbringen möchten.

In Übereinstimmung mit den europarechtlichen Vorgaben in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwaltung alternativer Investmentfonds (AIFM-Richtlinie) greift das künftige KAGB den AIF-Begriff unter der Definition des Investmentvermögens auf. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB ist ein Investmentvermögen "jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern

Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren und der kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist." Der Gesetzgeber hat sich für ein materielles und somit weites Begriffsverständnis entschieden. Damit hat er seinem Bestreben Ausdruck verliehen, möglichst viele unterschiedliche Sachverhalte zu erfassen.

Organismus für gemeinsame Anlagen

Das Merkmal des „Organismus für gemeinsame Anlagen“ stellt an das Fondsvehikel die allgemein gehaltene Voraussetzung eines kollektiven Elements. Die BaFin stellt in dem Auslegungsschreiben klar, dass der Begriff „Organismus“ sich nicht auf eine spezielle Rechtsform bezieht. Dies bedeutet, dass zum einen grundsätzlich „alle denkbaren Rechtsformen vom Begriff des Organismus erfasst sind“. Zum anderen soll es auch unerheblich sein, wie eine Beteiligung des Anlegers an dem Investmentvermögen selbst rechtlich ausgestaltet ist. Denkbar sind grundsätzlich somit gesellschaftsrechtliche, schuldrechtliche oder mitglied-schaftliche Ausgestaltungen.

Eine „gemeinsame Anlage“ liegt vor, wenn die Anleger sowohl an Gewinn als auch Verlust der Wertentwicklung der Vermögensgegenstände beteiligt sind. Davon abzugrenzen sind Individualverhältnisse, aber auch Gemeinschaftsstrukturen deren Zweck nicht in der gemeinsamen Beteiligung an Erfolg und Risiko besteht. Letzteres ist typischerweise bei Sachverhalten der Fall, die sich in der Portfolioverwaltung und verwaltenden Treuhandsachverhalten erschöpfen. Das Merkmal einer gemeinsamen Anlage ist nicht erfüllt, wenn der Anleger einen unbedingten Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage hat. Die BaFin weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass auch bei Garantiefonds grundsätzlich diese Verlustbeteiligung der Anleger bestehen bleibe. Denn Abweichungen vom garantierten Mindestrücknahmepreis sind aus den Mitteln der Kapitalverwaltungsgesellschaft zu bezahlen. Mithin sei das Risiko für die Anleger an Gewinn und Verlust des Organismus selbst zu partizipieren gerade nicht ausgeschlossen. Auch Genussrechte und Namensschuldverschreibungen können nach Ansicht der BaFin als „gemeinsame Anlage“ qualifiziert werden, wenn eine Beteiligung an Gewinn und Verlust vorgesehen ist. Entscheidend ist die Ausgestaltung im Einzelfall.

Anzahl von Anlegern

Eine *Anzahl von Anlegern* liegt gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 KAGB vor, wenn die Unternehmensstruktur die Zahl der möglichen Anleger nicht auf einen Anleger begrenzt. Auch die BaFin hat diesen Gedanken aufgegriffen und darauf hingewiesen, dass bereits die theoretische Möglichkeit einer Beteiligung mehrerer Anleger ausreichend sei. Konzeptionell wäre damit eine Konzernstruktur vom Anwendungsbereich ausgenommen, in der ein herrschendes Unternehmen zu 100 Prozent Inhaberin der Anteile des AIF ist. Allerdings hat die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) in ihrem Konsultationspapier vom 19. Dezember 2012 bereits darauf hinge-

wiesen, dass die Möglichkeit des Handelns eines Einzelnen für mehrere Anleger nicht möglich sein soll. Um eine Umgehung der Tatbestandsvoraussetzungen zu verhindern, ist insoweit auf die wirtschaftlich Berechtigten durchzuschauen.

Einsammeln von Kapital

Das *Einsammeln von Kapital* meint das Ergreifen direkter oder indirekter Schritte mit dem Ziel der Kapitalbeschaffung, um einen wirtschaftlichen Gewinn für die Anleger zu erzielen. Darüber hinaus weist die ESMA darauf hin, dass bereits jegliche Form der gewerbsmäßigen Kommunikation mit einem möglichen Anleger, die eine Kapitalbeschaffung zum Ziel hat, das Merkmal des Einsammelns erfüllt. Davon sind grundsätzlich Konstellationen zu unterscheiden, in denen sich Personen zusammenfinden und initiativ Geld zusammenlegen.

Festgelegte Anlagestrategie

Das eingesammelte Kapital muss nach einer vorher *festgelegten Anlagestrategie* eingesetzt werden. Die folgenden Merkmale können alternativ oder kumulativ auf eine Anlagestrategie hindeuten. Die Anlagestrategie dient der Konkretisierung der Investmentrichtlinien des Organismus. Anhaltspunkte sind die gewählten Anlagekategorien, die Anlage in bestimmte Regionen oder die Beschränkungen der Fremdfinanzierung. Nach Ansicht der ESMA muss spätestens zum Zeitpunkt der bindenden Vereinbarung mit dem Anleger die Strategie festgelegt sein. Darüber hinaus sind die Einbeziehung der Anlagestrategie in die Vertragsdokumente, sowie deren rechtliche Verbindlichkeit für den Organismus, die daraus resultierende von den Anlegern durchsetzbare Verpflichtung die Strategie einzuhalten, und nicht zuletzt ein Zustimmungserfordernis der Anleger bei Änderungen der Anlagestrategie weitere Indizien für die Annahme eines AIF. Von der Anlagestrategie abzugrenzen sind der operative Zweck und die allgemeine Geschäftsstrategie, welche üblicherweise Bestandteil eines jeden Unternehmens sind.

Investition zum Nutzen der Anleger

Eine *Investition zum Nutzen der Anleger* verlangt eine unternehmerische Betätigung, die auf eine wirtschaftliche Wertschöpfung zugunsten der Anleger ausgerichtet ist. Davon abzugrenzen sind die Verwendung eingesammelten Kapitals zu eigenwirtschaftlichen Interessen und die Geldaufnahme zur Absicherung von Risiken. Das Merkmal der Investition ist nach Ansicht der BaFin in diesen Sachverhalten nicht erfüllt, wenn die Rückzahlung oder Verzinsung der Beteiligung nach Modalitäten erfolgt, die keinen Entscheidungsspielraum des AIF zulassen.

Nicht operativ tätige Unternehmen außerhalb des Finanzsektors

Mit dem Merkmal des *nicht operativ tätigen Unternehmens außerhalb des Finanzsektors* hat die Definition des

aktuell vorliegenden Regierungsentwurfs gegenüber der des Diskussionsentwurfs vom 20. Juli 2012 und der AIFM-Richtlinie eine tatbestandliche Eingrenzung erfahren. Einschränkend sind nun operative, also mit ihrer Geschäftstätigkeit nach außen auftretende Unternehmen außerhalb des Finanzsektors vom Anwendungsbereich des KAGB ausgenommen. Die BaFin führt beispielhaft sowohl Unternehmen auf, die Anlagen im Biogas-, Solar-, oder Windkraftbereich betreiben oder in der Produktion von Gütern und Lagerung von Rohstoffen tätig sind. Dies soll dann gelten, wenn es sich um laufende Geschäftsbetriebe handelt, die selbst betrieben werden und keine Auslagerung erfolgt. Im Immobilienbereich sind der Betrieb und die Projektentwicklung einer Immobilie (Konzeption, Ankauf, Entwicklung und anschließender Verkauf der selbst entwickelten Immobilie) als operative Tätigkeiten anzusehen. Dagegen sind der Erwerb einer Immobilie und die damit verbundenen Geschäfte (Vermietung, Verpachtung, Verwaltung, Verkauf) nach Auffassung der BaFin als nicht operative Tätigkeiten einzuordnen.

Mit der Veröffentlichung des Entwurfs eines Auslegungsschreibens unternimmt die BaFin einen wichtigen Schritt zur Konkretisierung des Anwendungsbereichs des KAGB. Es bleibt das weitere Konsultationsverfahren abzuwarten, um den Anwendungsbereich weiter einzugrenzen und möglichst zeitnah Rechtssicherheit zu erlangen, welche Investmentstrukturen vom KAGB geregelt werden sollen.

Kontakt für weitere Informationen



Philipp Marx
Rechtsanwalt

Tel.: + 49 (40) 22 92 97 – 531
E-Mail: philipp.marx@roedl.de

Kontakt für weitere Informationen



Dr. Dietrich Wagner
Rechtsanwalt

Tel.: + 49 (40) 22 92 97 – 530
E-Mail: dietrich.wagner@roedl.de

Zivilrecht

> BGH: Zur Herausgabe von Anlegerdaten

Von Meike Achtmann, Rödl & Partner Hamburg

Bereits in unserem Fonds-Brief direkt vom 7. November 2012 haben wir das Urteil des OLG München zu dem Thema „Herausgabe von Treugeberdaten“ vorgestellt. Nun hat auch der BGH darüber entschieden und sich der Vorinstanz angeschlossen. In zwei Urteilen vom 05. Februar 2013 ist der BGH zu der Auffassung gekommen, dass sowohl mittelbar über eine Treuhänderin beteiligte Anleger (Az. II ZR 134/11) als auch unmittelbar beteiligte Anleger (Az. II ZR 136/11) einer Publikums-gesellschaft einen Anspruch darauf haben, dass ihnen die Namen und Anschriften der jeweils anderen Anleger (Treugeber und Kommanditisten) mitgeteilt werden, wenn die Treugeber im Innenverhältnis den unmittelbar beteiligten Gesellschaftern gleichgestellt sind. Damit hat der BGH die bereits in seinem Urteil vom 11. Januar 2011 (Az. II ZR 187/09; siehe dazu unseren Fonds-Brief vom 16. Februar 2011) aufgeworfene, aber damals nicht entscheidungsrelevante Frage beantwortet, ob es in Bezug auf die Herausgabe von Anlegerlisten gerechtfertigt ist, an sich gleichgestellte Anlegergruppen unterschiedlich zu behandeln. Da Sachverhalt und Entscheidungsgründe der eingangs genannten Urteile im Wesentlichen gleich sind, werden sie im Folgenden zusammen dargestellt:

Beide Kläger haben sich – einmal mittelbar, einmal unmittelbar – an Publikums-Fondsgesellschaften in Form einer GmbH & Co. KG beteiligt. In den jeweiligen Gesellschaftsverträgen ist geregelt, dass im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zu den Treugebern, die Treugeber wie unmittelbar beteiligte Gesellschafter behandelt werden. Entsprechend werden die Treugeber auch zur eigenen Ausübung ihrer mitglied-schaftlichen Rechte bestimmt. Der mit Beitritt neben dem Gesellschaftsvertrag ebenfalls als verbindlich anerkannte Treuhandvertrag verweist seinerseits darauf, dass für das Verhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages entsprechend gelten. In beiden Fällen enthielten die Verträge Regelungen, nach denen die Weitergabe der Anlegerdaten nur nach schriftlicher Zustimmung des Betroffenen möglich ist. Die Kläger begehren von den Fondsgesellschaften und deren geschäftsführender Gesellschafterin die Herausgabe von Namen und Anschriften der jeweiligen Mitkommanditisten und Treugeber.

Den Klägern steht nach Auffassung des BGH aus der personengesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft das selbstver-

ständige und unentziehbares Recht zu, ihre jeweiligen Vertragspartner zu kennen. Grundlage dafür ist das durch den Gesellschaftsvertrag begründete Vertragsverhältnis als solches. Damit besteht das Auskunftsrecht unstreitig für die Kommanditisten untereinander; aber auch im Hinblick auf die im Innenverhältnis gleichgestellten Treugeber – so der BGH – gilt dieses Auskunftsrecht, wenn die Treugeber durch eine entsprechende Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag in den Gesellschaftsverband mit einbezogen sind. Eine solche, den unmittelbaren Gesellschaftern entsprechende Rechtsstellung, hat der BGH in den vorliegenden Fällen als gegeben betrachtet. Die Beitrittserklärungen von Kommanditisten und Treugebern sind darauf gerichtet, dass die jeweilige Stellung in der Gesellschaft sowohl durch den Gesellschafts- als auch den Treuhandvertrag verbindlich geregelt wird. Der Gesellschaftsvertrag bestimmt wiederum, dass die Treugeber wie unmittelbar beteiligte Gesellschafter behandelt werden und die dort getroffenen Regelungen auch dann für die Treugeber Geltung haben, wenn dort lediglich „der Gesellschafter“ genannt ist. Bei dem auf dieser Grundlage zustande gekommenen Rechtsverhältnis zwischen Kommanditisten und Treugebern handelt es sich dem BGH zufolge nicht um eine bloß schuldrechtliche Rechtsbeziehung, sondern um ein von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagertes Vertragsverhältnis. Dies kann insbesondere an der Tatsache festgemacht werden, dass die Treugeber ihr Stimmrecht in der Gesellschaft als originär eigenes Recht ausüben sollen. Dadurch wirken sie unmittelbar an der internen Willensbildung der Gesellschaft im Wege der Beschlussfassung und somit an der kollektiven und rechtsverbindlichen Willensbildung des Verbandes mit. Dies vermittelt den Treugebern eine Rechtsmacht, unmittelbar auf die Verwirklichung und die Förderung des Gesellschaftszwecks und den wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft Einfluss zu nehmen. Durch einen rein schuldrechtlichen Vertrag kann dies nicht begründet werden. Nicht zuletzt sind die Treugeber auch über die Freistellungsverpflichtung gegenüber der Treuhänderin von dem Erfolg oder Misserfolg der Gesellschaft wirtschaftlich genauso betroffen, wie die direkt beteiligten Gesellschafter.

Das Auskunftsrecht kann auch nicht zulässigerweise durch Regelungen im Gesellschafts- oder Treuhandvertrag ausgeschlossen werden. Nach Auffassung des Gerichts verstößen solche Klauseln gegen § 242 BGB und sind somit unwirksam, da sie auf die Einschränkung bzw. Beseitigung unentziehbarer Mitgliedschaftsrechte gerichtet sind. Der Anleger ist jedoch in einer Vielzahl von Situationen auf die Kenntnis der Identität seiner Mitgesellschafter angewiesen. Der BGH zählt hierfür beispielhaft etwaige Stimmverbote und Treupflichtverstöße auf, die mangels Kenntnis unentdeckt bleiben könnten. Aber auch das Wissen um die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises und deren Änderung ist von entscheidender Bedeutung. Nur so kann der Anleger feststellen, ob die Entwicklung des Fonds gegebenenfalls durch die einen Großteil der Anteile

haltende Komplementär-GmbH oder einen Treuhänder bestimmt wird, der statt viele Kleinanleger die Interessen von wenigen Großanlegern vertritt. Nicht zuletzt ist die Regelung in den vorliegenden Gesellschaftsverträgen, dass die außerordentliche Einberufung einer Gesellschafterversammlung von einem Quorum abhängig ist, dessen Erreichen nur über die Kontaktaufnahme zu den anderen Gesellschaftern und Treugebern möglich ist, ein Beleg dafür, dass der Gesellschaftsvertrag das Bestehen eines Auskunftsrechts als selbstverständlich voraussetzt.

Sofern die Anonymität der Treugeber (ausschließlich) durch eine Klausel im Treuhandvertrag mit der Treuhänderin geregelt wird, folgt die Unbeachtlichkeit dieser Klausel bereits daraus, dass durch diese letztlich nur zweiseitige Vereinbarung nicht der mit und zwischen den übrigen Gesellschaftern geltende Gesellschaftsvertrag geändert werden kann, aus dem sich der Auskunftsanspruch jedoch originär ergibt.

Im Weiteren geht der BGH noch auf die Problematik einer möglichen Missbrauchsgefahr im Hinblick auf die bekanntgegebenen Daten ein. Dazu führt er jedoch aus, dass eine lediglich abstrakte Gefahr es allein nicht rechtfertigt, einem Vertragspartner gegenüber seinen Namen und seine Anschrift zu verheimlichen. Auch den Fall, dass anwaltliche Vertreter die aus einem Auskunftsverfahren gewonnenen Erkenntnisse zur Kontaktaufnahme nutzen können, sieht der BGH nicht als konkrete Gefahr an, solange die Nutzung dem Austausch unter den Anlegern oder der Bildung von Interessengemeinschaften dient. Selbst aber eine eigenmächtige Nutzung der Daten zu Werbezwecken durch den Anwalt, kann nicht dem auskunftsbegehrenden Anleger als solchen generell zur Last gelegt werden, so der BGH; zumal ausreichend berufs- und wettbewerbsrechtliche Rechtsbehelfe gegen ein solches Verhalten bestehen.

Schuldner des Auskunftsbegehrens sind nach ständiger Rechtsprechung des BGH neben der Fondsgesellschaft auch deren geschäftsführende Organe und gegebenenfalls auch andere Mitgesellschafter, wie z.B. die registerführende Treuhandkommanditistin.

Kontakt für weitere Informationen



Meike Achtmann

Rechtsanwältin

Tel.: + 49 (40) 22 92 97 – 533

E-Mail: meike.achtmann@roedl.de

Steuerrecht

> Neue Besteuerungsfolgen für Geschlossene Fonds nach Umsetzung der AIFM-Richtlinie?

Von Frank Dißmann, Rödl & Partner Nürnberg

Die bisherige aufsichtsrechtliche sowie steuerliche Behandlung von „Geschlossenen Fonds“ wird sich durch die anstehende Umsetzung der europäischen Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (sogenannte „AIFM-Richtlinie“), die am 22. Juli 2011 in Kraft getreten ist, sowie deren Ausführungsbestimmungen erheblich verändern. Die rechtlichen Vorgaben der AIFM-Richtlinie sollen durch den aktuellen Gesetzesentwurf eines Kapitalanlagegesetzbuchs („KAGB-E“) vom 12. Dezember 2012 in nationales Gesetz transformiert werden. Das KAGB wird nach dem Inkrafttreten zum 22. Juli 2013 nicht nur das auf „Offene Fonds“ anwendbare Investmentgesetz ablösen, sondern auch die bisher als „Geschlossene Fonds“ bekannten Beteiligungsmodelle umfassen.

Durch dieses neue Fonds-Gesetz werden die Geschlossenen Fonds vor allem zum Schutz von Kleinanlegern einer umfangreichen Regulierung unterworfen: Beispielsweise benötigen die Verwalter von alternativen Investmentfonds („AIFM“) eine Erlaubnis, um zukünftig Geschlossene Fonds (geschlossene alternative Investmentfonds, „AIF“) auflegen, vertreiben oder verwalten zu dürfen. Dafür werden im KAGB-E neue Begriffe eingeführt. Die ein Investmentvermögen (OGAW oder AIF) verwaltende, inländische Einheit wird als Kapitalverwaltungsgesellschaft („KVG“) bezeichnet, wobei sie nach den gesetzlichen Vorgaben zumindest die „Portfolioverwaltung“ sowie das „Risikomanagement“ für ein oder mehrere Investmentvermögen (also auch AIF) erbringen muss. Darüber hinaus dürfen die derzeit bekannten, klassischen „Geschlossenen Fonds“ zukünftig als „Geschlossene inländische Investmentvermögen“ ausschließlich in der Rechtsform einer „Investmentaktiengesellschaft mit fixem Kapital“ oder als „geschlossene Investmentkommanditgesellschaft“ (einschließlich der bewährten Rechtsform der GmbH & Co. KG) aufgelegt werden.

Die mit der Verabschiedung des KAGB notwendige Anpassung der steuerlichen Vorschriften an den rechtlichen Rahmen ergibt sich aus dem überarbeiteten Investmentsteuergesetz (Entwurf des AIFM-Steueranpassungsgesetzes vom 30. Januar 2013). Das bisher bekannte Besteuerungsregime nach dem Investmentsteuergesetz wird durch das neue Investmentsteuergesetz („InvStG-E“) beibehalten und findet auf alle „steuerlichen Investmentfonds“ Anwendung, die neben materiellen auch bestimmte formelle Anforderungen erfüllen (z.B. OGAW, Offene Publikums-AIF, Spezial-AIF). Allerdings erfasst das neue InvStG auch die Besteuerung von sogenannten „Investitionsgesellschaften“, die gerade keine „steuerlichen In-

vestmentfonds“ sind (insbesondere zukünftig „Geschlossene Publikums-AIF“). Bei den Investitionsgesellschaften wird wiederum zwischen „Personen-Investitionsgesellschaften“ und „Kapital-Investitionsgesellschaften“ unterschieden.

Die Besteuerung von Personen-Investitionsgesellschaften wird nach den bekannten allgemeinen Besteuerungsprinzipien (Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, eventuell Gewerbesteuer) sowie Ergebnisermittlungsvorschriften nach der Abgabenordnung erfolgen. Somit kann positiv festgestellt werden, dass sich an dem bekannten Steuerregime von „Geschlossenen Fonds“ (zukünftig in der Rechtsform geschlossenen Investment-KG) im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage keine Änderungen ergeben werden. Fraglich bleibt nur noch, inwieweit die durch das KAGB-E vorgeschriebene, zwingende Portfolioverwaltung der Fondsgesellschaft (AIF) durch den AIFM und die damit eventuell einhergehende Einflussnahme auf die Geschäftsführung des Fonds schädliche Auswirkungen auf die Erzielung von ausschließlich steuerlich vermögensverwaltenden Einkünften hat.

Eine Fondsgesellschaft wird trotz einer ausschließlich vermögensverwaltenden Tätigkeit ihren Privatanlegern für Steuerzwecke nur gewerbliche Einkünfte vermitteln, wenn ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften Komplementäre der Investment-KG sind und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind (sogenannte „Nicht-Gesellschafter“), zur Geschäftsführung befugt sind (gewerblich geprägte Personengesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG).

Eine steuerschädliche gewerbliche Prägung wurde bisher durch die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung der Wahrnehmung der Geschäftsführung durch einen Kommanditisten vermieden. Nach dem KAGB-E wird jedoch regulatorisch neben der Geschäftsführung verlangt, dass das Fondsvehikel (AIF) von einer KVG verwaltet werden muss. Hierzu muss die Portfolioverwaltung nach §§ 17ff. KAGB-E der KVG überlassen bleiben. Es besteht die Möglichkeit, dass der Komplementär und/oder der geschäftsführende Kommanditist bei einer Investment-KG zugleich diese Verwaltungsfunktion übernimmt („interne KVG“). Allerdings wird die interne Verwaltung in der Praxis eher unüblich sein, wenn ein Emissionshaus eine größere Anzahl von Fonds (AIFs) auflegen möchte, denn in diesem Fall muss für jeden AIF eine gesonderte Zulassung als AIFM beantragt werden. Somit ist die Alternative einer „externen KVG“ zielführender, bei dem eine juristische Person (z.B. Emissionshaus) als Nicht-Gesellschafter vom AIF unter anderem als Portfolioverwalter bestellt wird.

Nach dem ersten Entwurf des KAGB-E vom 20. Juli 2012 wäre es bei einer intern verwalteten KVG nicht möglich gewesen, eine steuerschädliche gewerbliche Prägung zu vermeiden, da der Entwurf in diesem Fall eine zwingende Geschäftsführung durch den Komplementär vorschrieb. In dem nunmehr vorliegenden, überarbeiteten Gesetzesentwurf wurde jedoch erfreulicherweise auf die zwingende Wahrnehmung der Geschäftsführung durch den Kom-

plementär verzichtet. Es wird nunmehr lediglich verlangt, dass die Geschäftsführung der geschlossenen Investment-KG aus mindestens zwei Personen bestehen muss. Somit sollte durch den intern verwalteten Fonds (AIF) eine steuerschädliche gewerbliche Prägung grundsätzlich vermieden werden können.

Im Hinblick auf die Alternative einer externen KVG ergibt sich unseres Erachtens keine andere steuerliche Beurteilung. Der eindeutige Gesetzeswortlaut des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG sieht eine schädliche Gestaltung nur vor, wenn ein Nicht-Gesellschafter (wie z.B. die externe KVG) alleine oder gemeinsam mit einem Komplementär die Geschäftsführung einer Personengesellschaft übernimmt. Dem Vorliegen dieser Bedingungen kann jedoch mit guten Gründen widersprochen werden:

Die externe KVG, die zunächst einmal formal von der Geschäftsführung bestellt wird, übernimmt lediglich die aufsichtsrechtliche Pflicht der Anlageverwaltung und keine darüber hinausgehende gesellschaftsrechtliche Geschäftsführungstätigkeiten. Im Rahmen des Portfoliomanagements, das vor allem das Verwalten von Finanzinstrumenten sowie die Entscheidung über den Erwerb und Veräußerung von Anlageobjekten wie z.B. Immobilien umfasst, ist sicherzustellen, dass beim täglichen Geschäft die für das Portfoliomanagement erarbeiteten Grundsätze eingehalten, dokumentiert und laufend überwacht werden. Zudem hängt die Bedeutung der Portfolioverwaltung bei einem Geschlossenen Fonds nicht zuletzt davon ab, über wie viele Anlageobjekte er verfügt. Bei einem Ein-Objekt-Fonds, bei dem das Anlageobjekt bereits zum Zeitpunkt der Fondsaufgabe feststeht, hat die Portfolioverwaltung sicherlich einen geringeren Stellenwert (allenfalls noch im Bereich des Vermietungsmanagements – allerdings ist fraglich, inwiefern das noch unter den Begriff der „Portfolioverwaltung“ fällt) als bei einem anlagegestreuten Blind-Pool.

Sowohl die interne als auch die externe KVG kann nur in dem gesetzlich festgelegten Umfang aufgrund der ihr übertragenen regulatorischen Pflichten Einfluss auf die Geschäftsführung des Fonds nehmen. Eine umfassende, ausschließliche Geschäftsführungsbefugnis im gesellschaftsrechtlichen Verständnis ist damit jedoch nicht verbunden. Der Begriff der Geschäftsführung ist weder im HGB noch im BGB gesetzlich definiert, so dass sich die Maßnahmen der Geschäftsführung nicht abschließend abgrenzen lassen. Typische Geschäftsführungsmaßnahmen umfassen folgende Tätigkeiten: Vorbereitung und Abschluss von Rechtsgeschäften zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks, Einberufung von Gesellschafterversammlungen, Organisation des Betriebs einschließlich der Einstellung, Entlassung, Unterweisung und Beaufsichtigung der Mitarbeiter, Buchführung, Aufstellen des Jahresabschlusses, Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, Geltendmachung von Gesellschaftsforderungen, Prozessführung für die Gesellschaft, etc. Diese Liste kann sicherlich noch um weitere administrative Tätigkeiten ergänzt werden. Sie verdeutlicht jedoch, dass die Geschäfts-

führung eine Reihe von Aufgaben umfasst, die sich nicht in der Portfolioverwaltung erschöpfen. Daher verbleibt die Geschäftsführung unseres Erachtens bei dem Komplementär und/oder dem Kommanditisten. Die Geschäftsleitung muss lediglich bei der Wahrnehmung ihrer Geschäftsführung in einem Teilbereich, nämlich der Portfolioverwaltung, bestimmte Weisungs- oder Vetorechte der KVG beachten; eine steuerschädliche Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis aufgrund der Portfolioverwaltung auf die KVG liegt jedoch nicht vor.

Nach gefestigter Rechtsprechung und einhelliger Ansicht im Schrifttum ist zudem eine Fremdgeschäftsführung einer Personengesellschaft durch Nicht-Gesellschafter handelsrechtlich ausgeschlossen. Es gilt vielmehr das Prinzip der „Selbstorganshaft“, nach dem die Geschäftsführung ausschließlich den Gesellschaftern zusteht. Sollte dennoch ein Nicht-Gesellschafter (KVG) alleine zur Geschäftsführung bestellt worden sein, liegt keine Geschäftsführungsbefugnis nach eigenem Recht vor. Es bleibt vielmehr die gesellschaftsrechtliche Geschäftsführungsregelung unangetastet, das heißt, es gilt bei einer Investment-KG die Einzel- oder gemeinschaftliche Geschäftsführung durch den Komplementär und/oder dem Kommanditisten. Da der Grundsatz der „Selbstorganshaft“ unangetastet bleibt und der Gesetzgeber dennoch die Verwaltung der Investment-KG durch eine externe KVG zulässt, geht er offensichtlich davon aus, dass die Verwaltungsaufgaben der KVG keine Geschäftsführungsmaßnahmen darstellen. Insofern läuft auch der Verweis auf Nicht-Gesellschafter in § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ins Leere. Eine gemeinschaftliche Geschäftsführung mit dem Komplementär und einem Kommanditisten (unter Beachtung der Weisungsrechte durch die KVG) ist derzeit jedoch (noch) ausreichend, um eine schädliche gewerbliche Prägung auszuschließen.

Als Ergebnis ist somit erfreulicherweise festzuhalten, dass zukünftige „Geschlossene Fonds“ (Investment-KGs) auch nach Verabschiedung des KAGB-E und des InvStG-E weiterhin aus steuerlich rein vermögensverwaltend konzipiert werden können. Das üblicherweise steuernachteilige Rechtsinstitut der gewerblich geprägten Personengesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ist weiterhin vermeidbar.

Kontakt für weitere Informationen



Frank Dißmann

Diplom-Kaufmann

Steuerberater

Tel.: + 49 (9 11) 91 93 – 10 20

E-Mail: frank.dissmann@roedl.de

> Zur Bilanzierung von Verbindlichkeiten bei vorhandenen Rangrücktrittsvereinbarungen

Von Dr. Eva Diederichsen, Rödl & Partner Hamburg und Meike Beuermann, Rödl & Partner Hamburg

Der BFH hat in seinem Urteil vom 30. November 2011 (Az. I R 00/10, BStBl. 2012 II Seite 332), welches am 29. Februar 2012 veröffentlicht wurde, zur Passivierung von Verbindlichkeiten bei Rangrücktrittsvereinbarungen Stellung genommen. In diesem Urteil hat der BFH eine Differenzierung der bilanzrechtlichen Behandlung dahingehend vorgenommen, dass Vereinbarungen, die zur Vermeidung einer wirtschaftlichen Belastung des Schuldners / Darlehensnehmers führen, die Bilanzierung der Verbindlichkeit ausschließen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Darlehensgeber Rückzahlungen nur aus künftigen Gewinnen zu beanspruchen hat und mit seinen Forderungen zur Vermeidung einer Überschuldung im Rang hinter die sonstigen Gläubiger zurücktritt. In diesem Fall entsteht die Verbindlichkeit im Sinne einer Besserungsabrede überhaupt erst dann, wenn künftige Gewinne bzw. Liquiditätsüberschüsse vorhanden sind und darf auch erst zu diesem Zeitpunkt bilanziell erfasst werden.

Im vorliegenden Fall hatte eine GmbH (Gläubiger GmbH) als Alleingesellschafterin einer weiteren GmbH (Schuldner GmbH) ein Darlehen gewährt und zur Vermeidung der Überschuldung der Schuldner GmbH eine Rangrücktrittsvereinbarung ergänzend abgeschlossen. Die Vereinbarung stellte das Darlehen über 15 Mio. Euro hinter die Forderungen aller übrigen Gläubiger zurück und es wurde festgelegt, dass die Gläubiger GmbH eine Rückzahlung ihrer Forderungen nur aus künftigen Jahresüberschüssen verlangen könne und dies auch nur dann, soweit die Jahresüberschüsse noch bestehende Verlustvorträge übersteigen. Aufgrund der bestehenden Vereinbarung hatte das Finanzamt im Rahmen einer Betriebsprüfung die Bilanzierung der Verbindlichkeit versagt und eine gewinnerhöhende Auflösung verlangt. Der Einspruch der Schuldner GmbH blieb ohne Erfolg und die Revision des Finanzamtes wurde vom BFH bestätigt.

Nach Ansicht des BFH ist eine Verbindlichkeit nicht zu bilanzieren, wenn diese

- > nur aus künftigen Gewinnen oder
- > einem etwaigen Liquiditätsüberschuss erfüllt zu werden braucht.

Als Begründung führte der BFH an, dass es der Schuldner GmbH an einer wirtschaftlichen Belastung fehle. Grundsätzlich sei eine Verbindlichkeit nach § 247 Absatz 1 HGB zu passivieren, wenn der Unternehmer zu einer dem Inhalt und der Höhe nach bestimmten Leistung an einen Dritten gezwungen werden könne und dies eine wirtschaftliche Belastung darstelle. Aufgrund des Maßgeblichkeitsprinzips des § 5 Absatz 1 Nr. 1 Satz 1 Halbsatz 1 EStG gelte dies auch für die Steuerbilanz.

Die Vereinbarung eines so genannten „qualifizierten Rangrücktritts“, bei dem Rückzahlungen allein aus künftigen Gewinnen bzw. Liquiditätsüberschüssen zu erfolgen haben, verhindere nach Auffassung des BFH die wirtschaftliche Belastung des Schuldners, so dass die Gründe für die Bilanzierung einer Verbindlichkeit nicht mehr vorlägen und die Verbindlichkeit gewinnerhöhend aufzulösen sei.

Diese Sichtweise entspricht der ständigen Rechtsprechung des BFH, wonach bereits Verpflichtungen nicht zu bilanzieren sind, wenn diese ausschließlich aus künftigen Gewinnen zu tilgen sind.

In seiner Begründung führt der BFH weiterhin an, dass § 5 Absatz 2a EStG ebenfalls auf diesen Fall zu übertragen sei und widerspricht damit der herrschenden Meinung. Da eine Belastung zum Bilanzstichtag aus dem gegenwärtigen Vermögen nicht bestehe, sei die Forderung auch noch nicht entstanden.

Bei der Bilanzierung von Verbindlichkeiten, für die eine Rangrücktrittsvereinbarung vorliegt, ist demnach bei der Aufstellung des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 2012 zu prüfen, inwieweit eine Passivierung unter Berücksichtigung dieses Urteils noch erfolgen kann.

Bei der Gestaltung von Vereinbarungen zur Vermeidung der Insolvenzantragspflicht sind insolvenzrechtliche Aspekte sowie steuer- und handelsbilanzielle Fragestellungen gleichermaßen zu beachten: Eine Rangrücktrittsvereinbarung hat grundsätzlich den Inhalt, dass der Gläubiger die Tilgung seiner Forderung nur dann verlangen kann, wenn der Schuldner dazu aus künftigen Gewinnen oder Liquiditätsüberschüssen oder sonstigem freien Vermögen in der Lage ist und alle sonstigen Gläubiger vorrangig befriedigt wurden. Der einfache Rangrücktritt beinhaltet somit eine Besserungsabrede. Der Rangrücktritt gilt darüber hinausgehend als „qualifizierter Rangrücktritt“, wenn der Gläubiger erklärt, nicht vor, sondern nur gleichrangig mit dem Eigenkapitalrückgewähranspruch befriedigt werden zu wollen. Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind Ansprüche auf

Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen gesetzlich bereits nachrangig gegenüber anderen Forderungen zu behandeln. Eine Insolvenzantragspflicht kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur dann vermieden werden, wenn über die gesetzliche Nachrangigkeit hinaus ein qualifizierter Rangrücktritt vereinbart wird. Die steuerbilanzielle Berücksichtigung von Verbindlichkeiten, die nur zu erfüllen sind, soweit künftig Einnahmen oder Gewinne anfallen, ist nach § 5 Abs. 2a EStG allerdings nur dann möglich, wenn die Einnahmen oder Gewinne auch tatsächlich angefallen sind. Vor diesem Zeitpunkt sind die entsprechenden Verbindlichkeiten ertrags erhöhend aufzulösen. Daher kommt dem Wortlaut der mit dem Rangrücktritt verbundenen Besserungsabrede besondere Bedeutung zu: Stellt die Besserungsabrede allein auf künftige Einnahmen oder Gewinne ab, ist § 5 Abs. 2 a EStG einschlägig. Daher sollten die Vertragsteile die Tilgung nicht auf Rückzahlungen aus künftigen Einnahmen oder Gewinnen beschränken, sondern ausdrücklich auch Rückzahlungen aus freiem, die sonstigen Verbindlichkeiten übersteigenden Vermögen vereinbaren.

Ein sorgfältig formulierter Rangrücktritt muss also neben der aus insolvenzrechtlichen Gründen erforderlichen Qualifikation eine Besserungsabrede enthalten, die nicht unter § 5 Abs. 2a EStG fällt.

Kontakt für weitere Informationen



Dr. Eva Diederichsen

Rechtsanwältin

Tel.: + 49 (040) 22 92 97 -518

E-Mail: eva.diederichsen@roedl.de

Kontakt für weitere Informationen



Meike Beuermann

Diplom-Kauffrau (FH)

Steuerberaterin

Tel.: + 49 (40) 22 92 97 – 540

E-Mail: meike.beuermann@roedl.de

Breit aufstellen

„Steuern, Finanzen, Recht – unsere Mandanten haben das Vertrauen zu uns, dass wir Ihre Angelegenheiten mit breit aufgestellten Kompetenzen verfolgen.“

Rödl & Partner

„Jeder Menschenturm beginnt mit einer breit aufgestellten Basis, damit die Castellars an der Spitze einen sicheren Stand haben.“

Castellers de Barcelona



„Jeder Einzelne zählt“ – bei den Castellars und bei uns.

Menschentürme symbolisieren in einzigartiger Weise die Unternehmenskultur von Rödl & Partner. Sie verkörpern unsere Philosophie von Zusammenhalt, Gleichgewicht, Mut und Mannschaftsgeist. Sie veranschaulichen das Wachstum aus eigener Kraft, das Rödl & Partner zu dem gemacht hat, was es heute ist.

„Força, Equilibri, Valor i Seny“ (Kraft, Balance, Mut und Verstand) ist der katalanische Wahlspruch aller Castellars und beschreibt deren Grundwerte sehr pointiert. Das gefällt uns und entspricht unserer Mentalität. Deshalb ist Rödl & Partner eine Kooperation mit Repräsentanten dieser langen Tradition der Menschentürme, den Castellars de Barcelona, im Mai 2011 eingegangen. Der Verein aus Barcelona verkörpert neben vielen anderen dieses immaterielle Kulturerbe.

Impressum Fonds-Brief, April 2013

Herausgeber: **Rödl Rechtsanwalts-gesellschaft mbH**
 Äußere Sulzbacher Str. 100, 90491 Nürnberg
 Tel.: + 49 (9 11) 91 93 - 1012 | www.roedl.de
fondsbrief-direkt@roedl.de

Verantwortlich für den Inhalt:
Martin Führlein
 Äußere Sulzbacher Str. 100, 90491 Nürnberg

Redaktion/Koordination:
Frank Dißmann
 Äußere Sulzbacher Str. 100, 90491 Nürnberg

Layout/Satz: **Frauke Zistl**
 Äußere Sulzbacher Str. 100, 90491 Nürnberg

Dieser Newsletter ist ein unverbindliches Informationsangebot und dient allgemeinen Informationszwecken. Es handelt sich dabei weder um eine rechtliche, steuerrechtliche oder betriebswirtschaftliche Beratung, noch kann es eine individuelle Beratung ersetzen. Bei der Erstellung des Newsletters und der darin enthaltenen Informationen ist Rödl & Partner stets um größtmögliche Sorgfalt bemüht, jedoch haftet Rödl & Partner nicht für die Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der Informationen. Die enthaltenen Informationen sind nicht auf einen speziellen Sachverhalt einer Einzelperson oder einer juristischen Person bezogen, daher sollte im konkreten Einzelfall stets fachlicher Rat eingeholt werden. Rödl & Partner übernimmt keine Verantwortung für Entscheidungen, die der Leser aufgrund dieses Newsletters trifft. Unsere Ansprechpartner stehen gerne für Sie zur Verfügung.

Der gesamte Inhalt des Newsletters und der fachlichen Informationen im Internet ist geistiges Eigentum von Rödl & Partner und steht unter Urheberrechtsschutz. Nutzer dürfen den Inhalt des Newsletters nur für den eigenen Bedarf laden, ausdrucken oder kopieren. Jegliche Veränderungen, Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe des Inhalts oder von Teilen hiervon, egal ob on- oder offline, bedürfen der vorherigen schriftlichen Genehmigung von Rödl & Partner.