

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
A. Einführung	23
I. Gegenstand der Arbeit	23
II. Gang der Untersuchung	25
B. Das Investmentvermögen gemäß § 1 Abs. 1 KAGB als klassische Form der kollektiven Vermögensanlage	27
I. Die Investmentidee als Ausgangspunkt des Investmentrechts und des Investmentvermögens gemäß § 1 Abs. 1 KAGB	27
1. Prinzip der Risikodiversifizierung	28
2. Prinzip der Fremdverwaltung	29
3. Prinzip der Kollektivanlage	30
II. Der Investmentvermögensbegriff des KAGB	31
III. Die Merkmale des Investmentvermögens gemäß § 1 Abs. 1 KAGB	34
1. Organismus	34
2. Für gemeinsame Anlage	35
a) Beteiligung an gemeinschaftlicher Rendite	35
b) Keine laufende Ermessens- und Kontrollbefugnis	36
c) Der Begriff der Anlage	38
d) Unterscheidung von kollektiver und individueller Vermögensverwaltung	39
aa) Praktische Unterschiede	39
bb) Abgrenzungskriterien	41
3. Anzahl von Anlegern	42
4. Einsammeln von Kapital	43
5. Festgelegte Anlagestrategie	44
6. Investition zum Nutzen der Anleger	45
7. Kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors	46

8. „Klassische“ Merkmale kollektiver Vermögensanlage, die keine tatbestandlichen Voraussetzungen des Investmentvermögens iSd KAGB sind	47
a) Risikodiversifizierung	47
b) Fremdverwaltung	48
c) Haltedauer	49
IV. Rechtsformen des Investmentvermögens	50
1. Rechtsformzwang	50
2. Rechtsformen für offene und geschlossene Investmentvermögen	52
C. Die Investmentgesellschaften	54
I. Die Einführung der Investmentgesellschaften in das deutsche Investmentrecht	54
1. Die Entwicklung seit Einführung des KAGG	54
2. Die Investment-AG mit fixem Kapital	55
a) Ziele des Gesetzgebers	56
b) Scheitern der Investment-AG mit fixem Kapital und Wiedereinführung	57
c) Wiedereinführung der Investment-AG mit fixem Kapital	59
3. Die Investment-AG mit veränderlichem Kapital	59
a) Investmentmodernisierungsgesetz vom 13.12.2003	59
b) Investmentänderungsgesetz vom 21.12.2007	61
c) Kapitalanlagegesetzbuch vom 22.07.2013	62
4. Die offene Investment-KG	63
a) Kapitalanlagegesetzbuch vom 22.07.2013	63
b) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	64
aa) Vereinbarkeit mit der OGAW-Richtlinie	64
bb) Vereinbarkeit mit der AIFM-Richtlinie	66
5. Die geschlossene Investment-KG	67
II. Gründe für die geringe Akzeptanz der Investment-AG	68
1. Erlangen der Gesellschafterstellung	70
2. Die Kontrolle des Fonds durch Fondsinitiatoren	71
3. Die Gesellschaftsstruktur der Investment-AG	72
4. Die Gewohnheiten inländischer und ausländischer Fondsinitiatoren und Investoren	73
5. Ergebnis	75

<b>III. Die Ausgestaltung der Investmentgesellschaften</b>	<b>75</b>
1. Eignung der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft als Vehikel zur Kollektivanlage	76
2. Der Gesellschaftsvertrag und die Firma	78
a) Bestimmung des Unternehmensgegenstands	78
b) Unternehmensinteresse und Anlegerinteresse	79
c) Abschaffung der aktienrechtlichen Satzungsstrenge	82
d) Schriftformerfordernis	84
3. Der Anleger und die Form seiner Beteiligung	85
a) Anlegerkategorien und Rechtsform der Anleger	85
b) Treuhandkonstruktionen	86
c) Unternehmensaktionär und Anlageaktionär	87
d) Komplementär und Kommanditist	88
aa) Stellung des Kommanditisten	88
bb) Stellung des Komplementärs	89
4. Die Organe der Investmentgesellschaften	89
a) Geschäftsleitung	90
aa) Zuständigkeit	90
(i) Investment-AG	90
(ii) Investment-KG	91
bb) Anforderungen an die Geschäftsleitung	92
(i) Vier-Augen-Prinzip	92
(ii) Qualifikation der Geschäftsleitung	93
(iii) Rückschlüsse auf die Stellung der Investmentgesellschaft im Verhältnis zur externen Kapitalverwaltungsgesellschaft	95
(iv) Gesetzliche Anforderungen an die Geschäftsleitung	97
cc) Einzel- oder Gesamtgeschäftsführungsbefugnis der Geschäftsleitung?	98
dd) Einzel- oder Gesamtvertretungsbefugnis der Geschäftsleitung?	99
ee) Eingriffsbefugnisse der BaFin	99
b) Aufsichtsorgan	101
aa) Pflicht zur Einrichtung eines Aufsichtsorgans	101
bb) Aufgaben des Beirats der Investment-KG	102
(i) Der Beirat nach § 153 Abs. 3 KAGB	102
(1) Überwachung der Geschäftsführung und Wahrung der Anlegerinteressen	102

(2) Unterschiede zwischen Beirat und Aufsichtsrat	104
(ii) Der fakultative Beirat	105
cc) Anforderungen an das Aufsichtsorgan	106
c) Hauptversammlung/Gesellschafterversammlung	108
aa) Hauptversammlung	108
(i) Modifizierungen durch das KAGB	108
(ii) Bedeutung	109
bb) Gesellschafterversammlung	111
(i) Modifizierungen durch das KAGB	111
(ii) Mitbestimmung der Anleger bei der Anlage und Verwaltung des Anlagevermögens	112
(1) Gewöhnliche und außergewöhnliche Geschäfte	113
(2) Teleologische Reduzierung von § 116 Abs. 2 HGB	116
(iii) Teilnahme- und Stimmrecht an der Gesellschafterversammlung	118
d) Fazit	120
aa) Vorstand und Geschäftsführung	120
bb) Hauptversammlung und Gesellschafterversammlung	121
cc) Aufsichtsrat und Beirat	122
dd) Bedeutungswandel der Organisationsverfassung durch das KAGB	122
5. Die Haftung der Anleger in der Investment-KG	123
a) Außenhaftung	124
b) Haftung im Innenverhältnis	125
c) Zwischenfazit	126
6. Das Gesellschaftsvermögen	127
a) Variables Kapitalsystem	127
b) Bildung von Teilgesellschaftsvermögen	129
aa) Merkmale eines Teilgesellschaftsvermögens	129
bb) Insolvenz eines Teilgesellschaftsvermögens	130
(i) Rückgriff auf das HGB	131
(ii) „Investmentrechtliches Verständnis“	131
(iii) Eigene Ansicht	132
c) Betriebsvermögen	133
aa) Merkmale des Betriebsvermögens	133
bb) Betriebsvermögen für extern verwaltete Investmentgesellschaften	134

cc) Rechtliche Trennung von Betriebs- und Anlagevermögen bei interner Verwaltung	137
7. Ergebnis und Bewertung	139
a) Allgemeines Gesellschaftsrecht und Aufsichtsrecht	139
aa) Nivellierung der Gesellschaftsformen	139
bb) Notwendigkeit von zwei Investmentgesellschaften?	141
cc) Entstehung eines Spezialgesellschaftsrechts	142
b) Rolle der Investmentgesellschaft	144
aa) Anforderungen an die Geschäftsleitung und Organisationsanforderungen	145
bb) Einrichtung eines Aufsichtsorgans	146
cc) Betriebsvermögen	146
dd) Eigenmittel	147
D. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft	149
I. Die Rolle der Verwaltungsgesellschaft im deutschen Recht	149
II. Die (Kapital-)Verwaltungsgesellschaft im europäischen und nationalen Recht	151
1. Der AIF-Manager im europäischen Recht	151
2. Die (Kapital-)Verwaltungsgesellschaft als zentraler Anknüpfungspunkt der Regulierung	155
3. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft im deutschen Recht	157
a) Die Stellung des Verwalters im KAGB	157
b) Begriff der Kapitalverwaltungsgesellschaft	159
aa) Definition in § 17 Abs. 1 S. 1 KAGB	159
(i) Unternehmen	160
(ii) Geschäftsbetrieb	161
(iii) Satzungsmäßiger Sitz und Hauptverwaltung im Inland	162
(iv) Verwaltung eines Investmentvermögens, § 17 Abs. 1 S. 2 KAGB	162
(1) Investmentvermögen als Gegenstand der Verwaltung	163
(2) Verantwortlichkeit der externen KVG	164
(3) Verwaltung	167
bb) Rechtsfolgen	168
(i) Erlaubnispflicht und Erlaubnisfähigkeit	168
(1) Erlaubnisversagungsgründe	169
(2) Anspruch und Umfang der Erlaubnis	172

(ii) Kontroll- und Eingriffsbefugnisse der BaFin gegenüber der KVG	174
<b>III. Die Ausgestaltungen der Kapitalverwaltungsgesellschaft im KAGB</b>	
1. Die (Kapital-)Verwaltungsgesellschaft als Oberbegriff	175
2. Die interne und externe Verwaltung von Investmentgesellschaften	176
<b>IV. Ergebnis</b>	180
<b>E. Die Bestellung der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft</b>	182
<b>I. Der Bestellungsvorgang</b>	182
1. Die Bestellung als Grundlagengeschäft	185
a) Strukturgleichheit von Fremdverwaltungsvertrag und Betriebsführungsvertrag?	185
aa) Merkmale des Betriebsführungsvertrags	185
bb) Die Bestellung als Betriebsführungsvertrag	187
b) Die Bestellung als Grundlagengeschäft	188
2. Manifestation des Bestellungsvorgangs	192
a) Vorstands- bzw. Geschäftsführungsbeschluss	193
aa) Gesellschaftsrechtliche Begründung	193
bb) Investmentaufsichtsrechtliche Begründung	194
b) Fremdverwaltungsvertrag	197
aa) Aufsichtsrechtliche Bestellung	198
bb) Vertragliche Ausgestaltung	199
c) Gesellschaftsvertragliche Bestellung	200
aa) Ausgestaltung einer gesellschaftsvertraglichen Bestellung	200
bb) Vereinbarkeit der Beteiligung mit § 20 Abs. 6 KAGB	201
cc) Bestimmung der KVG	203
(i) Vorliegen einer externen Verwaltung?	204
(ii) Vorliegen einer internen Verwaltung?	208
dd) Ergebnis	209
<b>II. Der Fremdverwaltungsvertrag</b>	209
1. Zustandekommen des Vertrags	209
a) Vertragsparteien und Vertragsform	209
b) Gesetzliches Schuldverhältnis zwischen externer KVG und Anleger	210

2. Qualifizierung des Fremdverwaltungsvertrags	214
a) Mangelnde Befugnis der Investmentgesellschaft	215
b) Übergang der Verantwortung auf die externe KVG	216
c) Mangelnde Disposition des Vertragsinhalts des Fremdverwaltungsvertrags	217
d) Kein Weisungsrecht der extern verwalteten Investmentgesellschaft und Pflicht zur höchstpersönlichen Durchführung	218
e) Ergebnis	219
3. Vertragsinhalt	220
a) Einräumung organschaftlicher Befugnisse?	220
aa) Die Folgen organschaftlicher Befugnisse der externen KVG	220
bb) Einräumung organschaftlicher Befugnisse kraft Gesetzes?	221
b) Aufgabenübertragung und Rechte und Pflichten der Vertragsparteien	223
c) Individuelle oder kollektive Vermögensverwaltung als Vertragsgegenstand?	224
d) Vollmachterteilung und Handeln auf Rechnung der Investmentgesellschaft	225
e) Recht zur Kündigung	226
aa) Kündigungsrecht der externen KVG	226
bb) Kündigungsrecht der extern verwalteten Investmentgesellschaft	228
4. Übernahme der Befugnisse kraft Gesetzes oder kraft Fremdverwaltungsvertrags?	229
a) Grundsatz	229
b) Parallele zum Investmentvertrag	231
c) Investmentrechtliche Besonderheiten	233
<b>F. Die Aufgabenteilung von Investmentgesellschaft und externer Kapitalverwaltungsgesellschaft</b>	<b>235</b>
<b>I. Bisherige Erkenntnisse als Ausgangspunkt</b>	<b>235</b>
<b>II. Aufgaben der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft</b>	<b>237</b>
1. Die unterschiedlichen Verwaltungsbegriffe des KAGB	237
a) Die „Verwaltung eines Investmentvermögens“ und die „kollektive Vermögensverwaltung“	237
b) Die „Anlage und Verwaltung“ des Anlagevermögens	239

2. Aufgabenbereich	241
a) Die Verwaltung eines Investmentvermögens gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 KAGB als konstituierendes Element	242
aa) Portfoliomanagement	242
bb) Risikomanagement	243
b) Weitere Tätigkeiten der kollektiven Vermögensverwaltung	244
aa) Administrative Tätigkeiten	244
bb) Vertrieb eigener Investmentanteile	245
cc) „Tätigkeiten im Zusammenhang mit den Vermögensgegenständen der Investmentgesellschaft“	246
dd) Vollständige Übernahme der weiteren Tätigkeiten der kollektiven Vermögensverwaltung durch die externe KVG	246
(i) Streitstand	246
(ii) Diskussion	247
(1) Der fakultative Charakter der Tätigkeiten in Anhang I Nr. 2 der AIFM-Richtlinie	247
(2) Der Begriff der „Anlage und Verwaltung“ und Umkehrschluss aus § 20 Abs. 2 Nr. 4 KAGB und § 20 Abs. 3 Nr. 6 KAGB	248
(3) Bewertung der Vermögensgegenstände gemäß § 216 Abs. 7 KAGB	248
(4) Überwachung der Einhaltung der Rechtsvorschriften gemäß Anhang I Nr. 2 lit. a) iv) der AIFM-Richtlinie	249
(5) Level-II-Verordnung	250
(6) Anlegerschutzgründe	250
(iii) Ergebnis	251
c) Die kollektive Vermögensverwaltung der externen KVG als eigene oder abgeleitete Tätigkeit?	251
aa) Meinungsstand	251
bb) Streitrelevanz	252
cc) Streitentscheid	253
d) (Neben-)Dienstleistungen gemäß § 20 Abs. 2 und 3 KAGB	256
3. Einzel- oder Gesamtgeschäftsführungsbefugnis der Geschäftsleitung?	257

4. Vertretungsmacht der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft	259
a) Handeln der externen KVG im eigenen und fremden Namen	259
b) Erwerb der Vertretungsmacht kraft Gesetzes oder kraft Rechtsgeschäfts?	260
aa) Gesetzliche Vorgaben und Gesetzesmaterialien	260
bb) Verantwortlichkeit und Letztentscheidungsbefugnis der externen KVG	261
5. Verfügungsbefugnis der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft	264
a) Bisherige Überlegungen in Literatur und Rechtsprechung	264
b) Kein Anwendungsbereich für eine Verfügungsbefugnis	265
<b>III. Verbleibende Funktion der extern verwalteten Investmentgesellschaft</b>	<b>266</b>
1. Denkbare Rollen der Investmentgesellschaft	266
2. Aufgabenbereich	267
a) Begrenzung des Tätigkeitsbereichs durch den Unternehmensgegenstand	268
b) Organfunktionen und gesetzlich normierte Aufgaben	268
aa) Funktionen und Aufgaben	268
bb) Entscheidungsfreiheit oder Weisungsgebundenheit?	272
c) Überwachungspflicht und Kontrollrechte	274
aa) Keine Überwachungspflicht	274
bb) Vereinbarung von Kontrollrechten	276
d) Mitbestimmungsrechte der Investmentgesellschaft	276
aa) Kein Vorbehalt von organschaftlichen Mitbestimmungsrechten im Fremdverwaltungsvertrag	277
bb) Vertragliche Vereinbarung von Mitbestimmungsrechten der Investmentgesellschaft	278
(i) Beschränkte Einflussnahme der Investmentgesellschaft bei Anlageentscheidungen	278
(ii) Einbeziehung der Investmentgesellschaft in Entscheidungsprozesse der externen KVG	280
e) Verbot der „Rückauslagerung“?	281
aa) Aufsichtspraxis der BaFin	281
(i) BaFin-Schreiben vom 21.12.2017	281

(ii) BaFin-Schreiben vom 10.07.2013	283
bb) Die „Rückauslagerung“ als ein Fall der Auslagerung gemäß § 36 KAGB?	284
(i) „Anderes Unternehmen“ gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 KAGB	284
(ii) Rückauslagerung der Portfolioverwaltung	285
(iii) Ausreichende Ressourcen	285
3. Der Grundsatz der Selbstorganschaft als rechtsformspezifische Besonderheit	287
a) Die Anwendung der Vorgaben des Holiday-Inn-Urteils auf den Fremdverwaltungsvertrag zwischen externer KVG und Investmentgesellschaft	288
aa) Inhalt des Prinzips der Selbstorganschaft	288
bb) Übertragung der Holiday-Inn-Grundsätze auf den Fremdverwaltungsvertrag	289
b) Gesetzliche Einschränkung des Grundsatzes der Selbstorganschaft	291
IV. Ergebnis	292
G. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	294
Literaturverzeichnis	301