



# Aktuelle Änderungen in der Finanzmarktregulierung (KAGB)

Was müssen Energiegenossenschaften beachten?  
3. Dezember 2014 | RA Christoph Gottwald, LL. M.

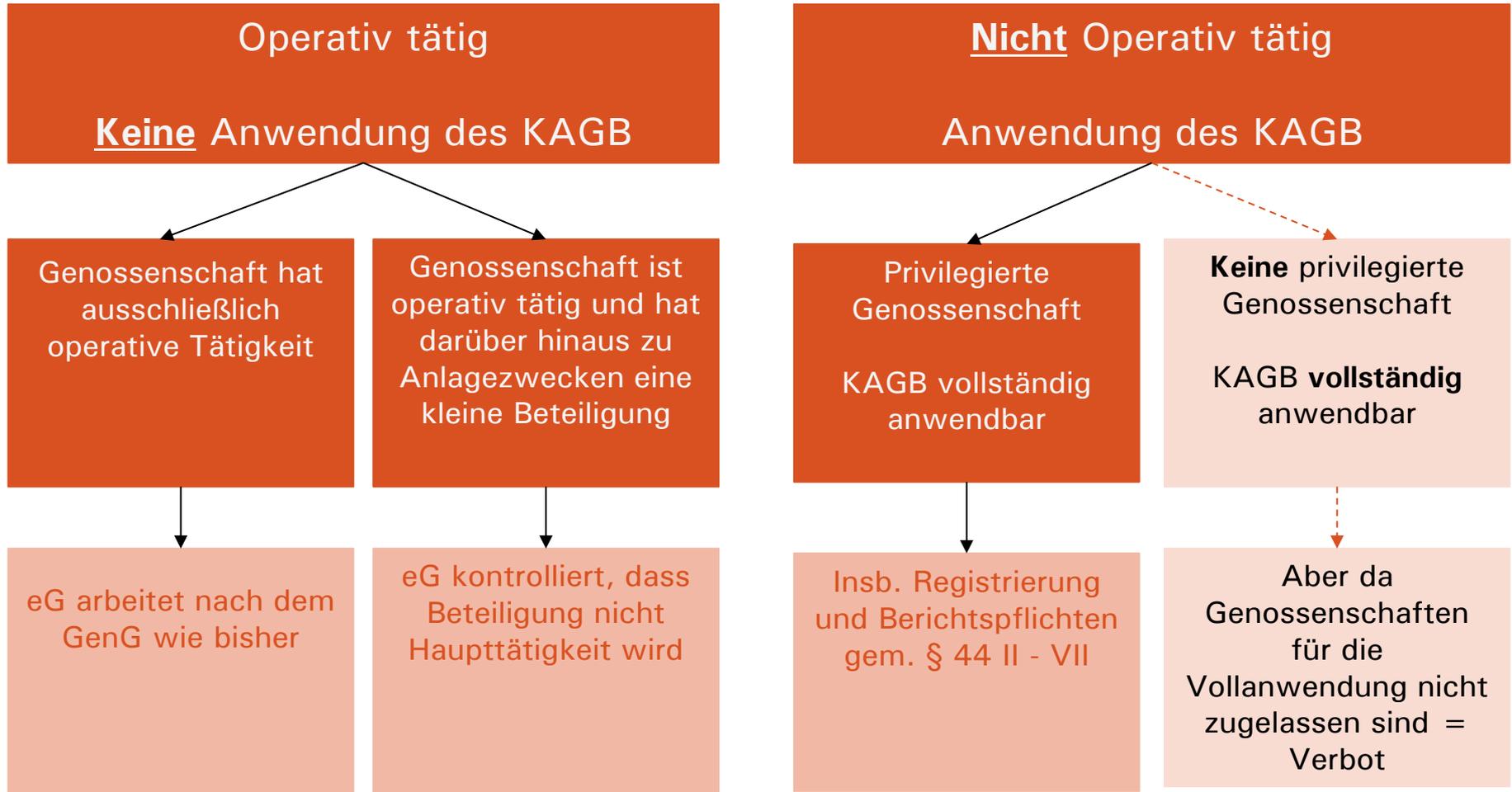
- Ziel des Kapitalanlagegesetzbuches ist es, ein in sich geschlossenes Regelwerk für Investmentfonds und ihre Manager zu schaffen. Durch dieses Regelwerk soll der Aufsichts- und Regulierungsrahmen fort entwickelt und an die geänderten europäischen Vorgaben angepasst werden. Das Gesetz soll einen Beitrag zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes im Investmentfondsbereich leisten und gleichzeitig dazu dienen, für den Schutz der Anleger einen einheitlich hohen Standard zu schaffen.
- Nach Veröffentlichung des ersten Gesetzesentwurfes gab es einen Aufschrei unter Bürgerbeteiligungsprojekten in der irrigen Annahme, dadurch seien aktuelle und zukünftige Genossenschaften massiv betroffen.

# Der Wortlaut des verabschiedeten Gesetzes. § 1

(1) Investmentvermögen ist 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. Eine Anzahl von Anlegern im Sinne des Satzes 1 ist gegeben, wenn die Anlagebedingungen, die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag des Organismus für gemeinsame Anlagen die Anzahl möglicher Anleger nicht auf einen Anleger begrenzen.

und der kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist.

# KAGB bei eingetragenen Genossenschaften



# Operativ tätige Genossenschaften



Rheinisch-Westfälischer  
Genossenschaftsverband e.V.

Nach aktuellem Stand sind gem. § 1 Abs. 1 des Gesetzes solche Unternehmen von dem geplanten Gesetz ausgenommen, die operativ tätige Unternehmen außerhalb des Finanzsektors sind.

➤ Stellungnahme der BaFin:

„Handelt es sich dagegen beispielsweise um eine Energiegenossenschaft, deren Unternehmensgegenstand auf die Errichtung und Unterhaltung von Anlagen zur Erzeugung von Energien sowie auf den Absatz der gewonnenen Energien gerichtet ist und erhalten die Mitglieder vom Unternehmensgewinn eine Dividende auf ihre Einlage, könnte die Genossenschaft als Investmentvermögen einzuordnen sein, **es sei denn, die Genossenschaft ist operativ tätig, da sie die Anlage im Rahmen eines laufenden Geschäftsbetriebs selbst betreibt und keine Auslagerung erfolgt.**

Damit sind 95% aller aktuellen Energiegenossenschaften von diesem Gesetz nicht betroffen, da sie selbst Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie betreiben und damit operativ tätig sind.

## Zweifelsfragen:

### - Auslagerung der technischen oder kaufmännischen Betriebsführung:

- Auch Unternehmen, die sich im Rahmen ihrer operativen Tätigkeit fremder Dienstleister oder gruppeninterner Gesellschaften bedienen, sind weiterhin als operativ tätig anzusehen, solange die unternehmerischen Entscheidungen im laufenden Geschäftsbetrieb durch die ausdrückliche Vereinbarung von Gestaltungs-, Lenkungs- und Weisungsrechten bei dem Unternehmen selbst verbleiben.
- Demnach kennzeichnet sich eine unschädliche Auslagerung insbesondere dadurch aus, dass das auslagernde Unternehmen die Möglichkeit besitzt, die outgesourcten Tätigkeiten auch selbst auszuüben und durch Kündigung der Verträge wieder selbst zu übernehmen.

## Zweifelsfragen:

### - Auslagerung der technischen oder kaufmännischen Betriebsführung:

- Um in diesem Fall sicherzugehen sollte man die Satzung entsprechend der Empfehlung der BaFin wie folgt ändern:

„Die Genossenschaft ist berechtigt, die Geschäfte ganz oder teilweise von Dritten auf Kosten der Genossenschaft besorgen zu lassen und die dazu erforderlichen Verträge zu schließen sowie etwaige Vollmachten zu erteilen, soweit sie in den Verträgen mit Dritten sicherstellt, dass ausreichende Lenkungs-, Gestaltungs- und Weisungsrechte und damit die unternehmerischen Entscheidungen im täglichen Geschäftsbetrieb bei der Genossenschaft selbst verbleiben.“

# Zweifelsfragen:

## - Beteiligungen neben operativer Tätigkeit

- Neben operativer Tätigkeit auch Minderheits-Beteiligungen:  
„Wenn ein operatives Unternehmen zusätzlich zu der operativen Tätigkeit noch Investitionen zu Anlagezwecken tätigt, ist das unschädlich, solange dies nicht die Haupttätigkeit darstellt.“

### Was bedeutet Haupttätigkeit?

- Keine exakten Vorgaben, sondern Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls. Zwei naheliegende Anknüpfungspunkte wären das Sachanlagevermögen im Vergleich zum Finanzanlagevermögen oder der Ertrag aus operativer Tätigkeit gegenüber dem Ertrag aus Beteiligungen.
- Aus bisherigen Einzelfällen ist zu entnehmen, dass die BaFin hier nicht davon ausgeht, dass 51 % operative Tätigkeit ausreichen. Insofern ist bei der Zeichnung von Beteiligungen Vorsicht geboten.

# Neue Baustelle: Unbeschränkte Beteiligungsmöglichkeit

## Sachverhalt

- „Unbeschränkte Beteiligungserlaubnis“
- z.B. *„Die Genossenschaft kann sich an anderen Unternehmen beteiligen.“*
- Entspricht Vorgabe des § 1 Abs. 2 GenG

## Problem

- **BaFin: Genossenschaft unterliegt dem KAGB**
- Unabhängig davon, ob sie tatsächlich Beteiligungen hält oder zukünftig zu halten beabsichtigt
- Bloße Möglichkeit des Beteiligungserwerbs genügt.
- Mehrere tausend Genossenschaften betroffen!

## Lösungs- ansatz

- BaFin: Streichen oder anpassen Beteiligungsklausel, z.B.:

„Die Genossenschaft ist berechtigt, sich an anderen Unternehmen/Genossenschaften zu beteiligen, soweit diese Beteiligungen eine untergeordnete Hilfs- oder Nebentätigkeit der Genossenschaft darstellen.“

(1) Dieses Gesetz ist nicht anzuwenden auf

1. Holdinggesellschaften, die eine Beteiligung an einem oder mehreren anderen Unternehmen halten,

a) deren Unternehmensgegenstand darin besteht, durch ihre Tochterunternehmen oder verbundenen Unternehmen oder Beteiligungen jeweils eine Geschäftsstrategie zu verfolgen, den langfristigen Wert der Tochterunternehmen, der verbundenen Unternehmen oder der Beteiligungen zu fördern, und

b) die      aa)      (für Energiegenossenschaften nicht relevant)

bb)      ausweislich ihres Jahresberichts oder anderer amtlicher Unterlagen nicht mit dem Hauptzweck gegründet wurden, ihren Anlegern durch Veräußerung ihrer Tochterunternehmen oder verbundenen Unternehmen eine Rendite zu verschaffen;

- Die Erfüllung dieser Holdingsausnahme ist nicht trivial.
- Bislang liegen noch keine gesicherten Informationen aus der Praxis vor, wie man diese Holdingsausnahme „BaFin-sicher“ erfüllt.
- Einflussnahme auf die Geschäftsstrategie des Beteiligungsunternehmens.
- Dementsprechend können wir einen solchen Weg grundsätzlich auch **nicht empfehlen**.
- Wenn man sich in Kenntnis dieses Risikos bewusst dazu entscheidet, diesen Weg zu gehen sollte man sicherheitshalber Folgendes beachten:
  - nur Mehrheitsbeteiligungen eingehen.
  - eine entsprechende Satzungsformulierung wählen, in der die Voraussetzungen des Gesetzes enthalten sind, z. B.:

„Die Genossenschaft verfolgt eine Geschäftsstrategie, den langfristigen Wert der Tochterunternehmen oder Beteiligungen zu fördern und ausdrücklich nicht den Zweck, den Mitgliedern durch Veräußerung ihrer Tochterunternehmen oder Beteiligungen eine Rendite zu verschaffen.“

Nicht als operativ tätig im  
Sinne des KAGB anzusehende  
Genossenschaften

# Operative Tätigkeit aus genossenschaftsrechtlicher Sicht

- Alleinstellungsmerkmal der Genossenschaft ist der Förderzweck. Gemäß § 1 I GenG muss der Zweck der Genossenschaft darauf gerichtet sein, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern.
- Eine Genossenschaft, deren einziger Gegenstand darin besteht, sich an einem anderen Unternehmen zu beteiligen, erfüllt diese Voraussetzungen nicht und ist daher schon genossenschaftsrechtlich unzulässig.
- Daher müssen Energiegenossenschaften, die sich an anderen Unternehmen beteiligen wollen über die reine Beteiligung hinaus einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb haben, der die Mitglieder fördert wie z. B. Betrieb eigener Energieerzeugungsanlagen oder gemeinschaftlicher Energieeinkauf für die Mitglieder.

Genossenschaften, die nicht oder nicht hauptsächlich operativ tätig sind, fallen unter den Anwendungsbereich des KAGB.

- Für Genossenschaften gibt es aber Erleichterungen, sofern Sie die folgenden Voraussetzungen des § 2 Abs. 4b des KAGB erfüllen:
  1. es handelt sich um eine eingetragene Genossenschaft, die Mitglied eines Genossenschaftsverbandes ist und nach dem GenG geprüft wird und in deren Satzung eine Nachschusspflicht ausgeschlossen ist und in deren Satzung eine mindestens einjährige Kündigungsfrist bestimmt ist
  2. die Vermögensgegenstände überschreiten insgesamt nicht den Wert von 100 Millionen Euro,
  3. aufgrund gesetzlicher Regelungen (z. B. EEG) ist ein Mindestertrag aus der Nutzung des Sachwerts, in der die eG direkt oder indirekt investiert ist, langfristig sichergestellt und
  4. die Genossenschaft hat nicht beschlossen, sich dem KAGB in seiner Gesamtheit zu unterwerfen.

Genossenschaften, die die Voraussetzungen des § 2 Abs. 4b des KAGB erfüllen unterliegen folgenden Pflichten gem. § 44 II – VII KAGB:

Sie

1. sind zur Registrierung bei der Bundesanstalt verpflichtet,
2. weisen sich und die von ihnen zum Zeitpunkt der Registrierung verwalteten AIF gegenüber der Bundesanstalt aus,
3. legen der Bundesanstalt zum Zeitpunkt ihrer Registrierung Informationen zu den Anlagestrategien der eG vor (Näheres s. Merkblatt der BaFin),
4. unterrichten die Bundesanstalt regelmäßig (i.d.R. jährlich) über
  - a) die wichtigsten Instrumente, mit denen sie handeln und
  - b) die größten Risiken und die Konzentrationen der von ihnen verwalteten AIF, um der Bundesanstalt eine effektive Überwachung der Systemrisiken zu ermöglichen,

Darüber hinaus sind sie verpflichtet, der BaFin unverzüglich mitzuteilen, wenn die in § 2 Absatz 4b genannten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind.

- Antrag muss spätestens 4 Wochen vor Auflage des ersten AIF (wohl Gründung der eG) eingereicht werden.
- Antrag muss neben den obigen Voraussetzungen folgende Informationen enthalten:
  1. Angabe der Geschäftsleiter (der Vorstandsmitglieder)
  2. Angaben zur Beurteilung der Zuverlässigkeit der Geschäftsleiter
  3. Angaben zur Beurteilung der fachlichen Eignung der Geschäftsleiter
- Die BaFin bestätigt die Registrierung innerhalb von zwei Wochen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Frist kann die BaFin um zwei weitere Wochen verlängern (§ 44 IV S. 1 und 2 KAGB).
- Die Registrierung gilt als bestätigt, wenn nicht innerhalb der Frist über den Antrag entschieden worden ist (s. § 44 IV S. 3 KAGB).
- Die Registrierung kann aufgehoben werden oder die BaFin kann die Abberufung der Geschäftsleiter verlangen und ihnen die Ausübung ihrer Tätigkeit untersagen (s. § 44 V KAGB).

# Zuverlässigkeit und fachliche Eignung der Geschäftsleiter

## Sachverhalt

- BaFin-Merkblatt: *„Fachliche Eignung setzt voraus, dass die Personen, die als Geschäftsleiter bestellt werden sollen, in ausreichendem Maße über **theoretische** und **praktische** Kenntnisse in den betreffenden Geschäften sowie über **Leitungserfahrung** verfügen“*

## Probleme

- Alle Vorstände müssen vergleichbare **fondsspezifische Kenntnisse** vorweisen
- Bankvorstand ohne Kenntnisse im „Energiesektor“ ungeeignet
- Auch Prokuristen müssen „fachlich geeignet“ sein
- Ausreichende Zeitressourcen müssen belegt werden, d.h. Ehrenämter sind tendenziell ausgeschlossen

## Lösungsansatz

- BaFin-Anforderungen nachweisen (zumindest 1 Vorstand, übrige müssen Plan vorlegen, wie sie Kenntnisse erwerben)

Für Gesellschaften, die die Erleichterungsvoraussetzungen nicht erfüllen, gelten unter anderem folgende Restriktionen:

- Aufwendiges Zulassungsverfahren (s. §§ 20 ff KAGB)
- Investition in weniger als drei Anlagen nicht möglich
- Mindestbeteiligungssumme 20.000 €
- Lediglich Aufnahme von bis zu 60% Fremdkapital möglich
- Prospektpflicht
- Strenge Rechtsformpflicht, eG nicht zulässig

Was gilt für Genossenschaften, die sich bislang überwiegend beteiligt haben?

- Entscheidendes Datum ist der 22. Juli 2013
- Genossenschaften, die vor diesem Datum überwiegend in Beteiligungen investiert waren, müssen sich **nicht** bei der BaFin registrieren lassen, **wenn Sie nach dem 21. Juli 2013 keine zusätzlichen Anlagen tätigen** (§ 353 I KAGB) und bis spätestens 19. Januar 2015 in der Satzung eine 5jährige Mindesthaltefrist einführen (§ 353 Abs. 11 i. V. m. Artikel 1 Absatz 5 der Delegiertenverordnung (EU) Nr. 694/2014).
- Nach BaFin Merkblatt zu den Übergangsbestimmungen (WA 41-Wp 2137-2013/0343 vom 18.06.2013) Kap. II 4: Das weitere Kapitalsammeln nach dem 21. Juli 2013 verletzt den Bestandsschutz des § 353 Abs. 1 KAGB nur, wenn es auf **zusätzliche Anlagen** gerichtet ist, nicht wenn es der Finanzierung von Altanlagen dient, die vor dem 21. Juli 2013 angeschafft wurden.

## ➤ Wichtig!:

Nach aktueller Änderung des KAGB, müssen Genossenschaften, die den Bestandsschutz für Altfälle in Anspruch nehmen wollen, zwingend eine 5jährige Mindesthaltefrist in der Satzung festlegen, bis spätestens 19.01.2015.

Genossenschaften, die bisher kürzere Fristen haben, müssen innerhalb von 6 Monaten nach Inkrafttreten der neuen Regelung (19.07.2014) ihre Satzung ändern oder zumindest einen Beschluss von Vorstand und Aufsichtsrat herbeiführen, entsprechende Satzungsänderung bei nächstmöglicher Gelegenheit vorzunehmen (§ 352a i. V. m. § 353 Abs. 11).

## § 15 Einschreiten gegen unerlaubte Investmentgeschäfte

- (1) Wird die kollektive Vermögensverwaltung ohne die erforderliche Registrierung nach § 44 oder ohne die erforderliche Erlaubnis (...) betrieben, kann die Bundesanstalt hiergegen einschreiten.
- (2) Im Fall des Absatzes 1 kann die Bundesanstalt
  1. die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs und die unverzügliche Abwicklung dieser Geschäfte gegenüber dem Unternehmen sowie gegenüber seinen Gesellschaftern und den Mitgliedern seiner Organe anordnen,
  2. für die Abwicklung Weisungen erlassen und
  3. eine geeignete Person als Abwickler bestellen.

Die Bundesanstalt kann ihre Maßnahmen nach den Nummern 1 bis 3 bekannt machen; personenbezogene Daten dürfen nur veröffentlicht werden, soweit dies zur Gefahrenabwehr erforderlich ist.

➤ § 339 KAGB:

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
1. ohne Erlaubnis nach § 20 Absatz 1 Satz 1 das Geschäft einer Kapitalverwaltungsgesellschaft betreibt,
  2. entgegen § 43 Absatz 1 in Verbindung mit § 46b Absatz 1 Satz 1 des Kreditwesengesetzes eine Anzeige nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet oder
  3. ohne Registrierung nach § 44 Absatz 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 1, das Geschäft einer dort genannten AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft betreibt.
- (2) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2 fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

## **Nach aktuellem Stand nicht unter das KAGB fallen Genossenschaften:**

1. die ausschließlich oder ganz überwiegend operativ tätig sind
2. die gem. § 2 I KAGB als Holdinggesellschaften eine oder mehrere Beteiligungen halten, und
  - a. deren Unternehmensgegenstand darin besteht, durch ihre Tochterunternehmen oder verbundenen Unternehmen oder Beteiligungen jeweils eine Geschäftsstrategie zu verfolgen, den langfristigen Wert der Tochterunternehmen, der verbundenen Unternehmen oder der Beteiligungen zu fördern, und
  - b. ausweislich ihres Jahresberichts oder anderer amtlicher Unterlagen nicht mit dem Hauptzweck gegründet wurden, ihren Anlegern durch Veräußerung ihrer Tochterunternehmen oder verbundenen Unternehmen eine Rendite zu verschaffen;
3. die konzerninterne Fonds, d. h. Kapitaleinsammlungen ohne Beteiligung konzernfremder Personen bzw. Unternehmen

## **Nach aktuellem Stand nicht unter das KAGB fallen Genossenschaften:**

4. die eine stille Beteiligung ohne Verlustübernahme (§ 231 II HGB) anbieten (s. BaFin-Auslegungsschreiben I. 2. b.)
5. die ein Nachrangdarlehen anbieten, wobei dann bei mehreren Darlehen ggf. das KWG anzuwenden ist. Angebote an Nicht-Mitglieder sind ab Mitte 2015 prospektpflichtig gemäß VermAnlG (Kleinanlegerschutzgesetz).

- Die BaFin bearbeitet ab dem Inkrafttreten des KAGB am 22. Juli 2013 Anfragen zum Anwendungsbereich;
- Anfragen von z. B. Rechtsanwälten oder Beratern werden nur bearbeitet, wenn sie den Namen des Mandanten offenlegen, in dessen Auftrag sie tätig werden.
- Voraussetzung für die Bearbeitung von Anfragen durch die BaFin ist zunächst, dass ein konkretes Vorhaben dargestellt wird. Anfragen, die verschiedene Alternativvorhaben darlegen, ohne dass sich der Anfragende auf ein Vorhaben festlegt, werden nicht bearbeitet.
- Ferner ist erforderlich, dass der Anfragende seine Rechtsauffassung in rechtlich nachvollziehbarer Weise darlegt und begründet. Die BaFin wird Anfragen, die lediglich ein Vorhaben abstrakt beschreiben, ohne es in rechtlich nachvollziehbarer Weise zu würdigen, nicht bearbeiten; die BaFin kann keine allgemeine Rechtsberatung leisten.
- BaFin-Gebühr für Anträge auf Registrierung: 1.000 bis 3.500 Euro.

- Zur Anwendbarkeit des KAGB:  
[http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentcheidung/WA/ae\\_130614\\_Anwendungsber\\_KAGB\\_begriff\\_invvermoegen.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentcheidung/WA/ae_130614_Anwendungsber_KAGB_begriff_invvermoegen.html)
- Zur Registrierung nach § 44 KAGB:  
[http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/WA/mb\\_130830\\_hinweise\\_registrierg\\_44kagb\\_euvo\\_231-2013.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/WA/mb_130830_hinweise_registrierg_44kagb_euvo_231-2013.html)
- Zur Zuverlässigkeit und fachlichen Eignung der Geschäftsleiter:  
[http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb\\_130322\\_erlaubnisverfahren\\_aif-22kagb.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_130322_erlaubnisverfahren_aif-22kagb.html)
- Zu Übergangsvorschriften:  
[http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/FAQ/faq\\_kagb\\_übergangsvorschriften\\_130618.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/FAQ/faq_kagb_übergangsvorschriften_130618.html)

## KAGB: Noch kein Ende in Sicht

- Gesetzgeber will keine Genossenschaft verbieten
- Bundestag: BaFin soll „lösungsorientiert“ arbeiten
- Angemessene BaFin-Praxis wird von der Politik beobachtet
- Gesetzgeber will nachsteuern, falls BaFin-Praxis zu restriktiv ist
- Bis Ende 2015: Evaluierung der BaFin-Praxis bei Genossenschaften

DGRV und Regionalverbände erarbeiten Lösungen zusammen mit BaFin

- ✓ **Energiegenossenschaften sollten sich bei zukünftigen Projekten intensiv beraten lassen, wofür wir Ihnen natürlich gerne zur Verfügung stehen.**

- Um sicher zu gehen, empfehlen wir **allen** Energiegenossenschaften ihre Satzung in § 2 III wie folgt zu ändern:
  - ✓ „Die Genossenschaft kann Zweigniederlassungen errichten und sich an anderen Unternehmen beteiligen, soweit diese Beteiligungen eine untergeordnete Hilfs- oder Nebentätigkeit der Genossenschaft darstellen.“
- Zudem sollten Energiegenossenschaften, die von den Übergangsvorschriften Gebrauch machen wollen ihre Kündigungsfrist (§ 5 der Satzung) auf 5 Jahre festlegen.



**Christoph Gottwald, LL.M.**

Rechtsanwalt

Rheinisch-Westfälischer  
Genossenschaftsverband e. V.  
Bereich Mitgliederbetreuung  
und Interessenvertretung  
gewerbliche Genossenschaften,  
Gründungsberatung

Mecklenbecker Str. 235-239  
48163 Münster  
Telefon 0251 7186-1311  
Telefax 0251 7186-1399

Mobil 0172 1050443  
christoph.gottwald@rwgv.de

**Vielen Dank für  
Ihre Aufmerksamkeit!**