

inPuncto.

Kapitalmarkt. Vertrieb. Recht.



TOP-Thema

**Finanzmarkt-
anpassungsgesetz**

BMF legt Referentenentwurf vor

Seite 8-9

**Neues BaFin-Merkblatt
zum Einlagengeschäft**

Seite 6-7

**Honoraranlageberatungs-
gesetz tritt in Kürze in Kraft**

Seite 4-5

**CRD IV-Umsetzungsgesetz
bringt wesentliche
Änderungen im KWG**

Seite 10-11

Das informative Mandantenmagazin von



GK-law.de
Gündel & Katzorke Rechtsanwälte GmbH

Liebe Leserinnen und Leser,



2014 bringt erneut zahlreiche gesetzgeberische Änderungen - sowohl für Emittenten, Anbieter, Institute und KVGs als auch für Vertriebe.

TOP-Thema unserer **Ausgabe 01/2014** ist das geplante **Finanzmarktanpassungsgesetz** (FinMarktAnpG), das Änderungen im KAGB und KWG nach sich zieht. **Die Keywords im KAGB-Bereich:** Abgrenzung

offener und geschlossener Fonds, erweiterte Übergangsvorschriften, weitergehende Privilegierung von Genossenschaften, Abschaffung des ordentlichen Kündigungsrechts für KG-Beteiligungen und Ausdehnung des EU-Passes. Im **KWG-Regelungsbereich** gibt es Neues für Abschlussvermittler und Platzierer: Für sie gilt künftig auch die veränderte Eigenmittel-Kosten-Relation und nach einer Änderung der KWG-Bereichsausnahme können Abschlussvermittler nicht mehr mit § 34f GewO-Lizenz tätig werden.

Seit 01. Januar 2014 ist das **CRD IV-Umsetzungsgesetz** in Kraft. Im Zuge der Bestrebungen zur Stärkung der Finanzmärkte in Krisenfällen wurden die Eigenkapital-An-

forderungen deutlich verschärft, Organisationspflichten im KWG ausgeweitet und die variable Vergütung von Geschäftsleitern und Mitarbeitern gedeckelt. Kurz vor Redaktionsschluss hat die BaFin offenbar ein Rundschreiben an betroffene Institute mit Erläuterungen zur Berechnung der Eigenmittelanforderungen versandt.

Außerdem geben wir Überblick über die neuen **Hinweise der BaFin zum Einlagengeschäft nach dem KWG**. Erläutert wird das **Transparenzgebot bei Nachrangdarlehen** sowie Vorgaben zur **Maßgeblichkeit von Werbung**. Geändert hat die BaFin auch ihre **Hinweise zur Erlaubnispflicht von Investmentclubs**. Wir zeigen auf, in welchen Fällen Lizenzen nach KAGB oder nach KWG erforderlich sind.

Für Vertriebe beleuchten wir den **Entwurf des neuen IDW S 4**, der künftig auch für Prospektprüfungen bei AIFs gilt. Und last but not least: **Das Honoraranlageberatungsgesetz**, das demnächst in Kraft tritt.

Wir wünschen Ihnen eine informative Lektüre.

Ihre **Christina Gündel**
Rechtsanwältin und PR-Referentin
GK-law.de

Themenübersicht

Vertrieb

IDW-Standard gilt künftig auch für Prospektprüfungen von AIFs

3

Honoraranlageberatungsgesetz tritt am 01. August 2014 in Kraft

4-5

Emittenten / Institute / KVGs

BaFin überarbeitet Merkblatt zum KWG-Tatbestand des Einlagengeschäfts

6-7

TOP-Thema: BMF legt Referentenentwurf für Finanzmarktanpassungsgesetz (FinMarktAnpG) vor

8-9

CRD IV-Paket sorgt seit 01. Januar 2014 für neue Struktur im Bankaufsichtsrecht

10-11

BaFin ändert Hinweise zur Erlaubnispflicht von Investmentclubs

12-13

Referenzen

14-15

IDW-Standard gilt künftig auch für Prospektprüfungen von AIFs

In einem Entwurf zur Neufassung des IDW-Standards werden die bisher lediglich für die Beurteilung von Prospekten zu Vermögensanlagen geltenden Grundsätze (IDW S 4) entsprechend modifiziert und auf offene und geschlossene Investmentvermögen im Sinne des KAGB ausgedehnt.

Der IDW-Standard legt Gegenstand, Umfang und Grenzen von Prospektgutachten sowie die Kriterien für Anforderungen an die berufübliche Sorgfalt von Wirtschaftsprüfern bei der Erstellung von Prospektgutachten fest.

Prüfungsumfang und Inhalte

Der Wirtschaftsprüfer muss begutachten, ob die für eine Anlageentscheidung bedeutsamen Angaben in den Prospekten enthalten und **klar, geordnet, eindeutig** sowie für einen durchschnittlich intelligenten und vorsichtigen Anleger **verständlich** formuliert sind. Richtet sich der Prospekt ausdrücklich an eine besondere Zielgruppe, so ist dies im Rahmen der Verständlichkeitsprüfung zu berücksichtigen. Soweit für die Begutachtung notwendig, sind geeignete Nachweise einzuholen. Das Prüfungsergebnis muss vollständig, wahrheitsgetreu und mit der gebotenen Klarheit dargelegt werden.

Kein Prospektgutachten i.S. dieses IDW-Standards liegt vor, wenn der Prüfungsauftrag nicht dem im IDW-Standard dargestellten Umfang entspricht, also lediglich eine auf einzelne Prospektbestandteile beschränkte Begutachtung gefordert wird. In diesem Fall darf zur Vermeidung von Irreführungen nicht der Eindruck erweckt werden, dass es sich um eine Begutachtung i.S. dieses IDW-Standards handelt.

Zusatzaufträge, die über den Umfang dieses IDW-Standards hinausgehen, sind ergänzend zu beurteilen.

Voraussetzungen der Auftragsannahme

Den Auftrag zur Prospektbegutachtung darf ein Wirtschaftsprüfer allerdings nur dann annehmen, wenn er **unabhängig** ist (vgl. § 43 Abs. 1 WPO). Das ist nicht der Fall, wenn dieser zuvor an Teilen der Konzeption der Kapitalanlage oder Angaben des Verkaufsprospekts mitgewirkt hat, z.B. der steuerlichen Konzeption. Dagegen steht der Unabhängigkeit nicht entgegen, dass der Wirtschaftsprüfer seinem Auftraggeber im Verlauf seiner Arbeiten Empfehlungen gegeben oder auf Fehler hingewiesen hat, die der Auftraggeber bei der Erstellung des Verkaufsprospekts berücksichtigt hat.

Vor Auftragsannahme muss der Wirtschaftsprüfer sich durch den Auftraggeber zunächst in einer schriftlichen Verpflichtungserklärung bestätigen lassen, dass der Verkaufsprospekt **vollständige Angaben zur Kapitalanlage** enthält und soweit erforderlich entsprechende **Nachweise** vorgelegt bzw. **Auskünfte** erteilt werden. Und für den Fall, dass Sachverhalte vom Wirtschaftsprüfer nicht ausreichend gewürdigt werden können, muss der Auftraggeber gestatten, dass auf seine Kosten **Sachverständige** hinzugezogen werden können.

Außerdem hat der Wirtschaftsprüfer sicher zu stellen, dass seine Tätigkeit ausreichend **versichert** ist.



Honoraranlageberatungsgesetz tritt am 01. August 2014 in Kraft

4

Vertrieb

Mit dem neuen Gesetz wird sowohl für den Bereich der nach dem Kreditwesengesetz (KWG) regulierten Institute als auch für die aktuell nach § 34f GewO beaufsichtigten Finanzanlagenvermittler eine neue, gesetzlich definierte Form der Honoraranlageberatung geschaffen und dem Kunden ein alternatives Angebot zur provisionsbasierten Anlageberatung geboten.

Abzuwarten bleibt, inwieweit die Kunden dieses Angebot insbesondere im Privatkundenbereich annehmen. Finanzanlagenvermittler nach § 34f GewO und Institute müssen sich nun entscheiden, ob sie auf die Honorar-Anlageberatung umstellen und gegebenenfalls die nötigen organisatorischen Maßnahmen einleiten.

Anforderungen an Finanzanlagenberater

Für Finanzanlagenvermittler gelten künftig strengere organisatorische Vorgaben. Mit einer Erlaubnis nach § 34f GewO dürfen sie eine provisionsbasierte Beratung nicht mehr neben der Honorarberatung erbringen. Vielmehr müssen sich Finanzanlagenvermittler für eine Beratungsform entscheiden – d.h. ob sie **provisionsbasiert mit einer Erlaubnis nach § 34f GewO oder** als sog. Honorar-Finanzanlagenberater tätig werden wollen. Für die **Honorar-Finanzanlagenberatung** benötigen sie eine separate **Erlaubnis nach § 34h GewO**.

Offen gelassen hat der Gesetzgeber, ob eine Personenidentität in zwei Gesellschaften, von denen eine die Erlaubnis nach § 34f GewO und eine die Erlaubnis nach § 34h GewO n.F. innehat, zulässig ist. Insofern werden die Gewerbebehörden im Einzelfall entscheiden müssen. Denkbar wäre eine Personenidentität der Geschäftsführer bei zwei unterschiedlichen juristischen Personen (eine mit § 34f GewO-Erlaubnis und eine mit § 34h GewO-Erlaubnis).



Für Honorar-Finanzanlagenberater gelten ansonsten die gleichen Anforderungen wie für KWG-Institute, d.h. sie sind zu einer hinreichenden Marktanalyse verpflichtet, es gilt ein grundsätzliches Zuwendungsverbot sowie die Verpflichtung zur Auskehrung ausnahmsweise erhaltener Geld-Zuwendungen.

Anforderungen an KWG-Institute (CRR-Wertpapierfirmen)

Will ein Institut künftig die Honorar-Anlageberatung erbringen, führt dies zu gesteigerten Wohlverhaltenspflichten gegenüber dem Kunden und zu erheblichen organisatorischen Anforderungen.

- **Wohlverhaltenspflichten:** Rechtzeitig vor Beginn der Beratung muss dem Kunden in verständlicher Form mitgeteilt werden, ob die Anlageberatung als Honorar-Anlageberatung oder als provisionsbasierte Beratung erbracht wird.



- Der Honorar-Anlageberater muss sich einen „**hinreichenden Marktüberblick**“ verschaffen und soll bei der Anlageberatung eine **hinreichende Diversifizierung in der Produktauswahl** vornehmen – nach Art des Finanzinstruments und Anbieter/Emittent. Welche Anforderungen genau an einen hinreichenden Marktüberblick und eine hinreichende Diversifizierung zu stellen sind, wird die Aufsichtspraxis zeigen.
- Bei den **Neuregelungen im WpHG für Institute** (vgl. § 31 Abs. 4c WpHG n.F.) lässt der Gesetzgeber im Rahmen der Honorar-Anlageberatung **keine nicht-monetären Zuwendungen** mehr zu. Problematisch wird es damit für Einladungen zu Produkt-Roadshows, soweit diese nicht rein fachbezogene Inhalte haben und einen geldwerten Vorteil für den Honorar-Anlageberater bzw. das Institut begründen. Dagegen dürften reine Fachveranstaltungen zu Finanzprodukten nicht als „nicht-monetäre Zuwendung“ im Sinne des Honorar-Anlageberatungsgesetzes einzustufen sein.
- Der Gesetzgeber lässt im Rahmen der Honorar-Anlageberatung **ausnahmsweise die Annahme von monetären Zuwendungen** zu, die jedoch künftig stets **an den Anleger ausgekehrt werden müssen**. Voraussetzung soll sein, dass kein in gleicher Weise geeignetes provisionsfreies Produkt verfügbar ist. Auch hier obliegt es der Aufsicht, diese Voraussetzungen zu konkretisieren.
- Die Anforderung einer funktionalen, organisatorischen und personellen Trennung** der Honorar-Anlageberatung von der provisionsbasierten Anlageberatung stellt Institute vor erhebliche organisatorische Herausforderungen. In der Konsequenz muss es künftig Berater geben, die ausschließlich im provisionsbasierten und andere, die ausschließlich im honorar-basierten Bereich tätig sind.

BaFin überarbeitet Merkblatt zum KWG-Tatbestand des Einlagengeschäfts

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat am 11. März 2014 ein neues Merkblatt „Hinweise zum Einlagengeschäft“ veröffentlicht. Darin finden sich wesentliche Änderungen den Bereich Mezzanine-Finanzierungen betreffend – so etwa im Hinblick auf die Einhaltung des Transparenzgebotes bei Nachrangdarlehen sowie zur Maßgeblichkeit der Werbung für die Einstufung als Einlagengeschäft.

Daneben stellt die BaFin klar, dass Personenhandels-gesellschaften grundsätzlich kein erlaubnispflichtiges Bankeinlagengeschäft betreiben, wenn sie Darlehen von ihren Gesellschaftern entgegennehmen. Das Gleiche gilt, wenn die Gesellschafter Verrechnungskonten unterhalten oder Gewinne bei ihrer Gesellschaft stehen lassen.

Durch die Verwendung insolvenzverhindernder Zahlungsvorbehalte verändert sich das Wesen der Geldhingabe vom bankgeschäftstypischen Darlehen mit unbedingter Rückzahlungsverpflichtung hin zur unternehmerischen Beteiligung mit einer eigenkapitalähnlichen Haftungsfunktion. Dies muss für die angesprochenen Verkehrskreise, insbesondere Anleger ohne Erfahrung in Fragen der Unternehmensfinanzierung oder des Insolvenzrechts, hinreichend transparent sein. D.h. der Anleger muss ohne weiteres erkennen können, dass von einer Geldhingabe unter bewusster Inkaufnahme eines unternehmerischen Geschäftsrisikos über das ohnehin bestehende allgemeine Insolvenzausfallrisiko hinaus auszugehen ist.

Wird dieses Transparenzgebot nicht beachtet, sind vertragliche Zahlungsvorbehalte, so die BaFin, nicht als tatbestandsausschließende Bedingung im Sinne des Einlagengeschäftstatbestandes geeignet.

Transparenzgebot bei Nachrangdarlehen

Beim Nachrangdarlehen wird die Rückzahlung des Darlehens durch eine Rangrücktrittserklärung gegenüber anderen Gläubigern des Darlehensnehmers für den Fall der Insolvenz oder Liquidation des Darlehensnehmers nachrangig gestellt. Für eine den Tatbestand des Einlagengeschäfts ausschließende Bedingung ist die ausdrückliche Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts notwendig. Insoweit gilt bereits seit 2006: Einfache Nachrangklauseln, die lediglich die Rangfolge der Rückzahlungsansprüche im Falle der Insolvenz oder Liquidation des kapitalnehmenden Unternehmens festlegen, reichen nicht aus, die Geldüberlassung als bedingt anzusehen.

Maßgeblichkeit der Werbung

Bei Werbeaussagen für Mezzanine-Finanzierung, wie dem plakativen Hinweis auf eine sichere, günstige oder rentable Geldanlage wird der Blick des Anlegers für die Übernahme eines unternehmerischen Risikos regelmäßig getrübt. Deshalb ist in solchen Fällen nicht davon auszugehen, dass die von dem Anlageangebot bezweckte Vorstellung bei dem unerfahrenen Geldgeber eine bedingte Rückzahlbarkeit umfassen soll.

Personenhandelsgesellschaften

Bei der Annahme von Gesellschafterdarlehen oder dem Stehenlassen von Gewinnen handelt es sich hier um kein Einlagengeschäft. Außerdem stellt das Merkblatt klar, dass Gesellschafter regelmäßig nicht zum Publikum zählen.



Dementsprechend vertritt die BaFin in dem neuen Merkblatt nun folgende Auffassung:

Bei Gesellschafterdarlehen handelt es sich um kein Bankeinlagengeschäft. Begründung: Das Tatbestandsmerkmal „Annahme unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums“ ist nicht erfüllt.

Gesellschafter-Darlehen oder Guthaben sind lediglich als bedingt rückzahlbare Gelder einzustufen, denn ihre Rückzahlung steht stets unter der Bedingung, dass sie nicht zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft und damit zur Insolvenz führt. Diese Bedingung ergibt sich je nach Rechtsform der Gesellschaft aus den entsprechenden gesetzlichen Vorschriften oder aus der Treuepflicht des Gesellschafters.

Auch Verrechnungskonten sind bei Warengeschäften aufsichtsrechtlich unbedenklich, soweit die entgenommenen Gelder ausschließlich für Wareneinkäufe verwendet werden und die eingezahlten Gelder nicht rückzahlbar sind.

Nach dem Kreditwesengesetz (KWG) stellt die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums ein Bankgeschäft (Einlagengeschäft) dar, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird.

Unternehmen, die im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben wollen, benötigen eine § 32 KWG-Erlaubnis der BaFin. Wer Bankgeschäfte ohne Erlaubnis betreibt, muss mit aufsichtsrechtlichen sowie straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen rechnen.

BMF legt Referentenentwurf für Finanzmarkt (FinMarktAnpG) vor

8

Emittenten / Institute / KVGs



Der Entwurf enthält zahlreiche redaktionelle Änderungen und Korrekturen fehlerhafter Verweise aber auch Anpassungen des KAGB und des KWG an EU-Vorgaben. Mit deren Inkrafttreten wird im 1. Halbjahr 2014 gerechnet.

Die wesentlichen Änderungen im Überblick:

» Änderungen des KAGB

■ Abgrenzung von offenen und geschlossenen Investmentvermögen

Das KAGB wird angepasst an den EU-Kommissionsentwurf vom 17. Dezember 2013 zur Ergänzung der AIFM-RL. D.h. alle neuen AIFs, deren Anteile vor Beginn der Liquidations- oder Auslaufphase auf Initiative des Anlegers durch den AIF zurückgekauft oder zurückgenommen werden müssen, gelten damit als offene AIF, wenn dies von vornherein vereinbart ist. Ein geschlossener Fonds soll dagegen vorliegen, wenn weder eine vorzeitige Rücknahme noch ein Rückkauf erfolgen kann. Bei Alt-AIFs ist die Mindesthaltedauer entscheidend. Wenn Anteile an Alt-AIFs erst nach einer Wartezeit von fünf Jahren durch den AIF zurückgekauft oder zurückgenommen werden müssen, liegt ein geschlossener AIF vor.

■ Erweiterung der Übergangsvorschriften des § 353 KAGB um die Absätze 9-14

Bestandsschutz für geschlossene AIF gibt es also nur unter den oben genannten Voraussetzungen einer Mindesthaltedauer von fünf Jahren vor Rücknahme/ Rückkauf. Wenn dagegen die Mindestwartezeit kürzer ist, gilt der AIF als offener AIF, für den keine Bestandsschutzregelungen greifen.

Problematisch in diesem Zusammenhang ist die Einordnung von Fonds, die vor dem 22. Juli 2013 als geschlossene Fonds eingestuft wurden und vielfach mit außerordentlichen Kündigungsrechten innerhalb eines Jahres z.B. für Härtefälle ausgestaltet wurden. Um diese nun nicht nachträglich als offene Fonds zu beurteilen und damit



vom Bestandsschutz des § 353 KAGB auszunehmen, wäre es konsequent diese außerordentlichen Kündigungsrechte nicht als Rückgaberechte einzustufen. Denn sie weisen gerade nicht eine bestimmte „Ausgabe- und Rücknahmehäufigkeit“, wie es in Artikel 19 Abs. 3 der AIFM-RL ursprünglich für offene Fonds vorausgesetzt wurde, auf.

■ Weitergehende Privilegierung von Genossenschaften

Genossenschaften werden nun nicht nur bei der Verwaltung eines inländischen geschlossenen Fonds mit einem Vermögen von bis zu 100 Mio. Euro von den KAGB-Vorschriften ausgenommen, sondern auch dann, wenn sie die Vermögensverwaltung in einem offenen AIF umsetzen.

Voraussetzung ist – anders als bei geschlossenen AIFs – lediglich, dass in der Satzung eine Nachschusspflicht ausgeschlossen ist und eine fünfjährige Kündigungsfrist bestimmt wird.

Die Abgrenzungskriterien zu den geschlossenen Fonds sind hier nicht maßgeblich.

■ Abschaffung des ordentlichen Kündigungsrechts für KG-Beteiligungen

Das Recht einer geschlossenen Investment-KG zur ordentlichen Kündigung soll faktisch abgeschafft werden.

Dies widerspricht der Rechtsprechung des BGH, die einen dauerhaften Ausschluss des Kündigungsrechts bei KGs für unzulässig hält. Für geschlossene Fonds in Form einer Investment-KG erscheint diese Vorgabe auch wenig praktikabel. Denn für Sachwertanlagen wie z.B. Immobilien ließen sich bei fester Laufzeit günstige Marktentwicklungen für eine Veräußerung kaum noch nutzen.

■ Erweiterung des EU-Passes

Der EU-Pass für Verwalter alternativer Investmentfonds wird sich künftig auch auf die Erbringung von Dienst- und Nebendienstleistungen beziehen.

§ 20 Abs. 1 S. 2 KAGB hatte bisher nur eine Beschränkung der Erlaubnis auf die Verwaltung bestimmter Arten von inländischen Investmentvermögen ermöglicht. Kapitalverwaltungsgesellschaften können jedoch auch EU-Investmentvermögen über den EU-Pass nach § 53 KAGB und ausländische Investmentvermögen gemäß § 55 KAGB verwalten.

» Änderung des KWG

■ Eigenmittel-Kosten-Relation auch für Abschlussvermittler und Platzierer

Durch Änderung des § 2 Abs. 8 KWG wurden Abschlussvermittler und Platzierer jetzt aus dem Geltungsbereich der KWG-Ausnahme gestrichen. Gleichzeitig wurde die Nicht-Anwendbarkeit des § 35 Abs. 2 Nummer 5 KWG aus zahlreichen Absätzen und Ziffern gestrichen. Damit gilt für Abschlussvermittler und Platzierer nun auch: Die BaFin kann die Erlaubnis (außer nach den Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes) also dann aufheben, wenn die Eigenmittel eines Wertpapierhandelsunternehmens nicht mindestens einem Viertel seiner Kosten im Sinne der europarechtlichen Vorgaben (CRR) entsprechen.

Auch in § 2 Abs. 6 Nr. 8 KWG sollen Abschlussvermittler herausgestrichen werden. D.h. sie können nicht mehr als Finanzanlagenvermittler mit §34f GewO-Erlaubnis tätig werden.

Damit können Finanzanlagenvermittler nicht mehr als Vertreter des Kunden, sondern nur noch als Bote für die Zeichnungsunterlagen auftreten.



CRD IV-Paket sorgt seit 01. Januar 2014 für neue Struktur im Bankaufsichtsrecht

10

Emittenten / Institute / KVGs

Mit dem Ziel einer Harmonisierung des europäischen Bankaufsichtsrechts wurde im September 2013 das CRD-IV-Umsetzungsgesetz verkündet; seit dem 01. Januar 2014 ist es in Kraft. Das Gesetz ändert das KWG und enthält – angepasst durch das FinMarktAnpG – weitere Folgeänderungen in vielen anderen Gesetzen (PfandBG, Neufassungen der Solvabilitätsverordnung (SolvV), der Großkredit- und Millionenkreditverordnung (GroMiKV), der Novellierung der Monatsausweisverordnungen, der Liquiditätsverordnung sowie der InstitutsVergV), um eine Stärkung von Banken und Finanzmärkten in Krisenfällen zu erreichen.

Die Anforderungen an das Eigenkapital werden deutlich verschärft. Die variable Vergütung für Mitarbeiter von Banken und Instituten darf grundsätzlich das Fixgehalt nicht mehr übersteigen. Außerdem werden höhere Qualitätsanforderungen für die Unternehmensführung und schärfere Sanktionen bei Verstößen gegen bankaufsichtsrechtliche Regelungen und Vorgaben der Aufsicht eingeführt.

Insgesamt bringt die einheitliche Regulierung für Banken und Finanzdienstleistungsinstitute umfassende Strukturveränderungen im Aufsichtsrecht mit sich. Rechtsbereiche, die bislang national geregelt waren, werden auf die europäische Ebene gezogen, andererseits wird vor allem das verbleibende deutsche KWG-Aufsichtsrecht stark modifiziert.



Rechtsgrundlagen

CRD IV: Die Richtlinie 2013/36/EU (abgekürzt CRD IV) widmet sich nicht nur der Umsetzung von „Basel III“, sondern auch der Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens für die Bankenaufsicht im Binnenmarkt. Die CRD IV richtet sich an die Mitgliedstaaten und enthält Vorgaben, die von diesen in das jeweilige nationale Recht umgesetzt werden müssen. Sie betreffen die Zulassung von und die Aufsicht über Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, die Anforderungen an verschiedene Kapitalpuffer, das Meldewesen, die Geschäftsorganisation und Sanktionen des Aufsichtsrechts.

CRR: Die Verordnung (EU) 575/1013 des Europäischen Parlaments und des Rates (abgekürzt CRR) betrifft beaufsichtigte Institute - mit Regelungen für bereite zu haltende Eigenmittel, Risikovorschriften, die sich auf Eigenmittel beziehen, Vorschriften zu Großkrediten, Liquidität und Kontrahentenausfallrisiken, sowie Anforderungen, die an ein Verfahren zur Ermittlung und Meldung einer Verschuldensquote des Instituts und schließlich an Offenlegungspflichten zu stellen sind. Die CRR wird durch von der Europäischen Kommission erlassene verbindliche Standards flankiert.

MaRisk FUNKTIONEN IV Abwicklung Risiken OTC TRENNBANKEN CRR 1. Januar



Künftige Aufsichtsrechtliche Normenhierarchie

In Deutschland sind von der Anpassung an die CRR und die Umsetzung der CRD IV neben dem KWG auf ihr basierende Rechtsverordnungen (SolvV, GroMiKV) betroffen. Seit dem Inkrafttreten ergibt sich folgende Regelungshierarchie:



Wesentliche Änderungen im Überblick

- ⦿ **Änderungen der Begriffsbestimmungen des KWG**
 Vereinzelt ergeben sich Anpassungen, Streichungen und Neuregelungen. Die Definition der Einlagenkreditinstitute wird durch die „CRR-Kreditinstitute“ ersetzt. Der Begriff des Kreditinstitutes im KWG ist damit wesentlich weiter als der entsprechende Begriff in der CRR. Damit werden Eingriffe in den nichtregulierten Bankenbereich ermöglicht. Analog dazu werden aus den Wertpapierhandelsunternehmen und -banken „CRR-Wertpapierfirmen“. Die CRR findet nicht nur auf CRR-Kreditinstitute und -Wertpapierfirmen Anwendung, sondern kraft gesetzlicher Anordnung auch auf übrige Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitute, die sich nach dem KWG richten müssen.
- ⦿ Die KWG-Regelungen zum Handelsbuch und zu den Eigenmittelanforderungen wurden durch die CRR abgelöst.
- ⦿ Die **BaFin** stützt ihre **Aufsichtstätigkeit** in Zukunft nicht nur auf das KWG, sondern auch auf die CRR und die auf Grundlage der CRR und der CRD IV ergangenen Rechtsakte.
- ⦿ Die **Regelungen zu den Eigenmittelanforderungen** wurden grundlegend geändert. § 10 wird lediglich die Ermächtigungsgrundlage für die neue SolvV bilden und darüber hinaus auf Vorgaben für die Anordnung erhöhter Eigenkapitalanforderungen seitens der BaFin eingehen. Die Regelung der Ausstattung mit Eigenmitteln wird in die CRR verlagert, verbunden mit einer Steigerung der Anforderungen an das Eigenkapital. Ab dem 1. Januar 2016 sind bis 2019 ergänzend noch Kapitalpuffer aufzubauen.
- ⦿ **Großkredite** werden seit Anfang 2014 nicht mehr im KWG, sondern samt Definitionen im CRR geregelt. Millionenkredite werden demgegenüber auch weiterhin national geregelt; ihre Meldegrenzen werden 2015 abgesenkt.
- ⦿ Die besonderen **Organisationspflichten** im KWG werden ausgeweitet. Die variable Vergütung von Geschäftsleitern und Managern wird gedeckelt. Völlig neu sind die Anforderungen an zulässige Nebentätigkeiten.
- ⦿ Für die Änderungen gibt es umfangreiche **Übergangsregelungen**.

BaFin ändert Hinweise zur Erlaubnispflicht von Investmentclubs

Mit der Änderung des Merkblattes – „Hinweise zur finanzaufsichtsrechtlichen Erlaubnispflicht von Investmentclubs und ihrer Geschäftsführer“ trägt die BaFin der Einführung des KAGB Rechnung.

Denn seit dem 22.07.2013 können auch Investmentclubs in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen, sofern sie ein Investmentvermögen im Sinne des KAGB darstellen – mit weit reichenden Folgen, wie Erlaubnis- bzw. Registrierungspflichten, umfangreichen Organisationspflichten sowie Anforderungen an die Ausgestaltung von Investmentvermögen. Die Anwendbarkeit des KAGB ist allerdings stets von der konkreten Ausgestaltung des jeweiligen Investmentclubs im Einzelfall abhängig.



Definition Investmentclub

- » Vereinigungen natürlicher Personen, die sich als Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter einem oder mehreren Geschäftsführern zusammenfinden, um ihr privates Vermögen gemeinsam in Aktien, Schuldtiteln und anderen Finanzinstrumenten anzulegen.
- » **nicht-professioneller, privater Charakter des Investmentclubs.** Das gilt sowohl für die Anwerbung neuer Mitglieder wie auch für die Verwaltung des Vermögens und die Bestellung des Geschäftsführers. Die Mitglieder können sich grundsätzlich jederzeit mit ihrem Anteil wieder aus dem Investmentclub lösen. Investmentclubs können einer Erlaubnispflicht nach dem KAGB oder nach dem KWG unterliegen.

Erlaubnispflicht nach KAGB

Eine Erlaubnispflicht nach KAGB setzt ein Investmentvermögen gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB voraus. Gleichzeitig dürfen die Ausnahmebestimmungen nach § 2 oder die Übergangsregelungen nach §§ 343 ff. KAGB nicht greifen. Liegt eine Selbstverwaltung des Investmentclubs vor, handelt es sich um eine interne Kapitalverwaltungsgesellschaft (§ 17 Absatz 2 Nr. 2 KAGB), die einer Erlaubnis nach § 20 Absatz 1 KAGB bedarf. Bei externer Verwaltung des Clubs unterliegt nicht der Club, sondern der Verwalter dieser Erlaubnispflicht.

Entscheidend für die Qualifikation eines Investmentclubs als Investmentvermögen ist nach Ansicht der BaFin insbesondere, ob Mitglieder gewerbsmäßig angeworben wurden oder angeworben werden

Unter der Voraussetzung, dass kein einziges Mitglied gewerbsmäßig angeworben worden ist, und der Club auch weiterhin davon absieht an den Markt heranzutreten, um weitere Mitglieder gewerbsmäßig anzuwerben, wird das Tatbestandsmerkmal „Einsammeln von Kapital“ nicht erfüllt sein. Solche Investmentclubs sind nicht als Investmentvermögen zu qualifizieren.

Erlaubnispflicht nach KWG

Handelt es sich nicht um ein Investmentvermögen, so bedarf der gewerbsmäßige Betrieb von Bank- oder Finanzierungsdienstleistungen oder der Betrieb in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, einer § 32 KWG-Erlaubnis der BaFin. Für den Betrieb und die Geschäftsführung der Investmentclubs können im Einzelfall außerdem die KWG-erlaubnispflichtigen Tatbestände der Anlageverwaltung, Finanzportfolioverwaltung oder Abschlussvermittlung sowie des Finanzkommissionsgeschäfts, Depotgeschäfts oder des eingeschränkten Verwahrgeschäfts einschlägig sein.



Befreiung von der Erlaubnispflicht nach KWG

Folgende Bedingungen werden von der BaFin für eine Befreiung von der Erlaubnispflicht gestellt:

- ⊙ Die **Anzahl der Mitglieder** des Investmentclubs beträgt höchstens fünfzig.
- ⊙ Die **Summe der eingezahlten Gelder** übersteigt – ohne die Gelder der ausgeschiedenen Mitglieder, ohne Kursgewinne oder -verluste und stehen gelassene Gewinne – nicht 500.000 Euro.
- ⊙ **Inhaber** der Konten und Depots ist der Investmentclub.
- ⊙ Der **Geschäftsführer** wird aus den Reihen der Mitglieder gewählt, ist jederzeit abwählbar, wird für seine Tätigkeit nicht vergütet und ist nicht gleichzeitig Geschäftsführer eines weiteren Investmentclubs.
- ⊙ Das **einzelne Mitglied** hat statutenmäßig ein jederzeitiges Kündigungsrecht - § 723 Absatz 2 BGB bleibt unberührt. Eine Frist von mehr als sechs Monaten nach Ablauf des Monats, in dem die Kündigung ausgesprochen wird, ist nicht mehr angemessen.
- ⊙ Die **Namen und Anschriften** der Mitglieder müssen jedem Mitglied kraft Anspruchs zugänglich sein.
- ⊙ **Mitgliederversammlungen** finden regelmäßig, mindestens jährlich, statt.
- ⊙ Der **private Charakter** des Investmentclubs bleibt gewahrt, das heißt, es werden keine abhängig Beschäftigten und keine freien Mitarbeiter auf Entgeltbasis zur Unterstützung des Geschäftsführers eingestellt.



Im Ergebnis gilt nun also Folgendes zu beachten, denn sonst droht eine Untersagungsverfügung seitens der Finanzdienstleistungsaufsicht:

Handelt es sich nicht um ein Investmentvermögen, so bedarf der gewerbsmäßige Betrieb von Bank- oder Finanzdienstleistungen oder der Betrieb in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, einer § 32 KWG-Erlaubnis der BaFin.

Für den Betrieb und die Geschäftsführung der Investmentclubs können im Einzelfall außerdem die KWG-erlaubnispflichtigen Tatbestände der Anlageverwaltung, Finanzportfolioverwaltung oder Abschlussvermittlung sowie des Finanzkommissionsgeschäfts, Depotgeschäfts oder des eingeschränkten Verwahrgeschäfts einschlägig sein.

Referenzen

KWG-Institut Mezzanine Fonds	Wachstumsfinanzierung	KWG-Institut Immobilien-Fonds
 <p>Bank für Sozialwirtschaft</p> <p>BFS Mezzanine Fonds GmbH & Co. KG, Köln</p>	 <p>capFlow AG München</p>	 <p>Vermögensverwaltung AG</p> <p>Consulting Team Vermögensverwaltung AG, Hildesheim</p>
<ul style="list-style-type: none"> ✔ Strukturierung I. + II. KG-Fonds ✔ Prospekterstellung ✔ Strukturierung Finanzierung der Zielgesellschaften 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Erstellung von Finanzierungsverträgen und Sicherungsvereinbarungen 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Prospekterstellung ✔ Prospektgenehmigung / BaFin
Crowdfunding Bank- und Finanzrecht	Windenergie Projektfinanzierung	Windenergie Projektfinanzierung
 <p>DEUTSCHE MIKROINVEST Ideen suchen Partner</p> <p>DMI Deutsche Mikroinvest GmbH, Pulheim</p>	 <p>ENERTRAG EnergieZins GmbH, Gut Dauerthal</p>	 <p>ENOVA Zweite Offshore Projektbeteiligungs GmbH Bunderhee</p>
<ul style="list-style-type: none"> ✔ Plattform rechtliche Strukturierung ✔ Erstellung Verträge und Nutzungsbedingungen ✔ Lfd. kapitalmarktrechtliche Betreuung 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Prospekterstellung Inhaberschuldverschreibungen EnergieZins ✔ Prospekterstellung Genussrechte 2008 ✔ Prospektgenehmigung / BaFin ✔ Lfd. kapitalmarktrechtliche Betreuung 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Prospektgenehmigung / BaFin
Wind- und Solarenergie Projektfinanzierung	KWG-Institut Bank- und Finanzrecht	Immobilien Expansionsfinanzierung
 <p>GEDEÄ-Ingelheim GmbH, Ingelheim</p>	 <p>HAC Vermögensmanagement AG, Halstenbek</p>	 <p>Immovation Immobilien Handels AG, Kassel</p>
<ul style="list-style-type: none"> ✔ Fondskonzeption ✔ Prospekterstellung ✔ Prospektbilligung / BaFin 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Strukturierung stille Beteiligung als Kernkapital ✔ Prospekterstellung Prospektgenehmigung / BaFin ✔ Lfd. bankaufsichtsrechtliche Betreuung ✔ M & A 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Prospekterstellung Genussrecht ✔ Prospektbilligung / BaFin

Erneuerbare Energien Projektfinanzierung	Windenergie Projektfinanzierung	Windenergie Projektfinanzierung
 juwi RegioEnergie I GmbH & Co. KG, Wörrstadt	 Lacuna AG, Regensburg	 RBI-Raiffeisen Bauträger- und Immobilien GmbH, Lorup
<ul style="list-style-type: none"> ✔ Strukturierung Inhaberschuldverschreibungen Regio Energie I Festzins 2016 Regio Energie I Festzins 2020 ✔ Prospekterstellungen ✔ Strukturierung Nachrangdarlehen Bauzins ✔ Erstellung Exposé ✔ Lfd. kapitalmarktrechtliche Betreuung 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Erstellung Fonds-Prospekte Windparks ✔ Prospektbilligung / BaFin ✔ Due Dilligence 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Prospektgenehmigung / BaFin
Solarenergie und Wasserkraft Projektfinanzierung	Expansionsfinanzierung	Infrastruktur Projektfinanzierung
 Ranf Unternehmensgruppe, Bad Mergentheim	 TECE GmbH, Emsdetten	 Cleantech Infrastruktur Fonds, Frankfurt am Main
<ul style="list-style-type: none"> ✔ Strukturierung Beteiligungen ✔ Emissionsbetreuung über verschiedene Kapitalanlagen 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Strukturierung Genussrechte ✔ Prospekterstellung ✔ Prospektgenehmigung / BaFin 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Strukturierung KG-Fonds I-V ✔ Prospekterstellungen ✔ Prospektbilligung / BaFin ✔ Lfd. kapitalmarktrechtliche Betreuung
KWG-Institut AIF-KVG	KWG-Institut Bank- und Finanzrecht	Kiribaum Projektfinanzierung
 Timberland Gruppe, Krefeld	 TOP Vermögensverwaltung AG, Itzehoe	 KiriFonds I und II Deutschland, Kirifonds III Spanien
<ul style="list-style-type: none"> ✔ Strukturierung Genussrecht ✔ Prospekterstellung ✔ Lfd. bank- und investmentaufsichtsrechtliche Betreuung ✔ Strukturierung KG-Fonds I-V ✔ Erlaubnis Antrag § 22 KAGB als AIF-KVG 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Strukturierung Genussrechte als Ergänzungskapital (KWG) ✔ Prospekterstellung ✔ Prospektgenehmigung/BaFin ✔ MiFID-Umsetzung ✔ Lfd. bankaufsichtsrechtliche Betreuung 	<ul style="list-style-type: none"> ✔ Strukturierung KG-Fonds I-III ✔ Prospekterstellungen ✔ Prospektgenehmigung / BaFin ✔ Lfd. kapitalmarktrechtliche Betreuung



GK-law.de

Gündel & Katzorke Rechtsanwälts GmbH

Impressum:

Herausgeber

**Gündel & Katzorke
Rechtsanwalts GmbH**



Theaterplatz 9
37073 Göttingen

Tel.: +49 551 789669-0
Fax: +49 551 789669-20

E-Mail: info@gk-law.de
Internet: www.gk-law.de

Geschäftsführung

**Dr. Matthias Gündel
Björn Katzorke**

Konzeption & Redaktion

Christina Gündel

Druck

Goltze Druck GmbH & Co. KG
Hans-Böckler-Straße 7
37079 Göttingen

Stand: 15. April 2014