

Deutscher Bundestag
Finanzausschuss
Herrn Eduard Oswald
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Nur per E-Mail: finanzausschuss@bundestag.de

16. Januar 2009

Öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Pfandbriefrechts“ - Drucksachen 16/11130, 16/11195

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

wir bedanken uns für die Einladung zu der in der Betreffzeile genannten Anhörung und der Gelegenheit zur Stellungnahme. Wir beschränken unsere Ausführungen auf den Teil zur Einführung eines neuen Aufsichtstatbestandes „Anlageverwaltung“ unter § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 11 KWG-E.

Die derzeitige Fassung des Tatbestandes „Anlageverwaltung“ im Rahmen des vorliegenden Regierungsentwurfs zur Pfandbriefsnovelle halten wir für gelungen. Sie wird der gesetzgeberischen Zielsetzung gerecht, als Folge der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.02.2008 (Az. 6 C 11.07) einzig für solche kollektiven Anlagemodelle eine Erlaubnispflicht zu konstituieren, bei denen die Anlegergelder zum aktiven Handel mit Finanzinstrumenten verwendet werden. Die erheblichen Rechtsunsicherheiten, die durch die Entwürfe des Bundesministeriums der Finanzen zum „Effektengeschäft“ vom 08.07.2008 sowie später in der ersten Fassung zur „Anlageverwaltung“ vom 08.08.2008 zunächst hervorgerufen wurden, konnten durch die Überarbeitung im Regierungsentwurf weit gehend ausgeräumt werden.

Nachfolgend möchten wir zum vorgelegten Entwurf nur noch zu einigen Detailfragen Änderungen vorschlagen.

1. § 1 Abs. 1a Satz Nr. 11 KWG-E, Tatbestandsmerkmal Produktschwerpunkt

Das in § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG-E enthaltene Tatbestandsmerkmal „*sofern dies ein Schwerpunkt des angebotenen Produktes ist*“ erscheint zu unbestimmt. Die Ge-

VGF Verband Geschlossene Fonds e.V.

Georgenstr. 24
10117 Berlin

T +49 (0) 30 . 31 80 49 00
F +49 (0) 30 . 32 30 19 79
E kontakt@vgf-online.de

Association of non-tradeable
closed-end funds

47 - 51 Rue du Luxembourg
1050 Brussels

P +32 (0) 2 .550 16 14
F +32 (0) 2 .550 16 17
E kontakt@vgf-online.de

Hauptgeschäftsführer und Sprecher:
Rechtsanwalt Eric Romba

Vorstand:
Oliver Porr (Vorsitzender)
Mario Liebermann
Markus Derkum
Dr. Joachim Seeler
Reiner Seelheim
Michael Kohl
Dr. Torsten Teichert

Vereinsregisternummer: 23527 Nz
Amtsgericht Berlin-Charlottenburg

Partner der BSI Bundesvereinigung
Spitzenverbände der Immobilienwirtschaft

setzesbegründung des Regierungsentwurfs weist zwar darauf hin, dass dies dann nicht der Fall ist, wenn die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten als Nebentätigkeit anfällt und auch nicht im Mittelpunkt der Werbung für das Angebot steht. Daher sollen Unternehmen, die Liquiditätsreserven in Finanzinstrumenten anlegen, ausweislich der Gesetzesbegründung nicht die Anlageverwaltung betreiben. Nicht geklärt ist damit jedoch, wie solche Unternehmen zu behandeln sind, die z.B. als Multi-Asset-Fonds neben selbst gehaltenen Immobilien in Aktien von Immobiliengesellschaften, die wiederum Immobilien halten, investieren. Hier wäre es wünschenswert, dass entweder der Tatbestand des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 11 KWG-E sich auf „*der Schwerpunkt*“ anstatt „*ein Schwerpunkt*“ (also eine mögliche Vielzahl von Schwerpunkten) des angebotenen Produktes bezieht oder aber die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses klare prozentuale Grenzen angibt, innerhalb derer er bei einem Investment in Finanzinstrumenten (noch) keinen Schwerpunkt des angebotenen Produkts sieht. Diese Grenze könnte bei 50% des jeweiligen Gesamtvermögens liegen.

2. § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 18 KWG-E, Ausnahmetatbestand

Die in § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 18 KWG-E vorgesehene Ausnahme, wonach „*Unternehmen, die als Finanzdienstleistung nur die Anlageverwaltung betreiben und deren Mutterunternehmen [...] ein Finanzdienstleistungsinstitut ist, das die Erlaubnis für die Anlageverwaltung hat [...]*“ nicht als Finanzdienstleistungsinstitute gelten, erscheint von seiner Intention grundsätzlich sinnvoll. Allerdings kann sie die damit beabsichtigte Erleichterung für bereits beaufsichtigte bzw. bankennahe Fondsinstitute im Verhältnis zu ihren Fondsgesellschaften nicht abschließend leisten. Ob Fondsinstitute ihren Fondsgesellschaften gegenüber als Mutterunternehmen anzusehen sein wären, ist offen.

Mutterunternehmen sind nach § 1 Abs. 6 KWG solche Unternehmen, die als Mutterunternehmen i.S.d. § 290 HGB gelten oder die einen beherrschenden Einfluss ausüben können, ohne dass es auf die Rechtsform oder den Sitz ankommt. Da nicht der Fondsinstitute, sondern die Anleger die Kapitalmehrheit und die Stimmrechte halten, wird die Fondsgesellschaft zunächst nicht in die Bilanz des Fondsinstitutors nach § 290 HGB konsolidiert.

Es muss daher für die Frage, ob der Fondsinstitute Mutterunternehmen i.S.d. § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 18 KWG-E sein kann, darauf ankommen, ob dieser auf die Fondsgesellschaft einen „beherrschenden Einfluss“ ausübt. Dieser kann zwar durch den Komplementär und damit durch den Fondsinstitute ausgeübt werden. In einer Vielzahl von Fällen wird die Fondsgesellschaft jedoch durch eine geschäftsführende Kommanditistin, die nicht vom Fondsinstitute gehalten wird, ge-

leitet. Insbesondere bei steuerlich vermögensverwaltenden Fonds werden daher in der Regel der oder die geschäftsführenden Kommanditisten im Vordergrund stehen. Häufig kommen zudem den Anlegern als Direktkommanditisten bzw. in Ausübung der Anlegerrechte dem Treuhandkommanditisten umfassende Entscheidungsrechte für bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen gegenüber dem oder den Komplementär(en) zu. Der beherrschende Einfluss in Bezug auf die Fondsgesellschaft würde in diesen Fällen nicht mehr dem Initiator zugerechnet werden können, denn für die Beherrschung bzw. eine mögliche Leitungsmacht kommt es bei der Personengesellschaft auf die konkrete Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages an (*Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 5. Aufl. 2008, § 17 AktG Rn. 48; zur einheitlichen Leitung nach § 290 HGB: *Merkt* in *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl. 2008, § 264c Rn. 5). Die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 18 KWG-E würde also in vielen Fällen nicht möglich oder zumindest zweifelhaft sein.

Es entspricht allerdings der h.M und der Verwaltungspraxis der BaFin, dass Erlaubnisträger bei einer Kommanditgesellschaft der Komplementär ist (siehe dazu *Fischer* in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, 3. Auflage 2008, § 32 Rn. 24). Um die Vorschrift des § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 18 KWG-E für bankennahe Initiatoren geschlossener Fonds zugänglicher zu machen, sollte u.E. hieraus der Schluss gezogen werden, dass der Komplementär (und nicht die Kommanditgesellschaft) das Unternehmen ist, auf dessen Mutterunternehmen als beaufsichtigtes Institut es ankommt. Dies wäre konsequent, denn wenn die Beaufsichtigung des Komplementärs im Mittelpunkt steht, sollte dies auch für die Befreiung von der Aufsicht gelten.

Daher möchten wir anregen, eine entsprechende Formulierung in den die Beschlussempfehlung des Finanzausschuss begleitenden Bericht aufzunehmen. Hierzu schlagen wir folgende Formulierung vor:

„Durch den Ausnahmetatbestand des neuen § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 18 KWG sollen diejenigen Unternehmen von der Erlaubnispflicht für die Anlageverwaltung befreit werden, deren Mutterunternehmen ihrerseits eine solche Erlaubnis haben. Da geschlossene Fonds regelmäßig als Publikumskommanditgesellschaften aufgesetzt werden und für Kommanditgesellschaften die Verwaltungspraxis den jeweiligen Komplementär als Erlaubnisträger ansieht, ist auch für die Bestimmung des Mutterunternehmens im Sinne von § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 18 KWG auf den (potentiellen) Erlaubnisträger, nämlich den Komplementär, abzustellen. Da geschlossene Fonds nicht in die Bilanz ihres Fondsinitiators konsolidiert werden und es zudem bei entsprechender Ausgestaltung des Fondsgesellschaftsvertrages an einer beherrschenden Stellung des

Initiators im Sinne des § 1 Abs. 6 KWG fehlen mag, besteht die Gefahr, dass der Befreiungstatbestand für die banken- und finanzdienstleistungsnahen geschlossenen Fonds teilweise leer läuft. Damit die Befreiung auch für geschlossene Fonds in der für sie typischen Rechtsform der GmbH & Co KG greifen kann, ist als Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 18 KWG nicht die Fondsgesellschaft selbst, sondern der (durch den Fondsinitiator in der Regel beherrschte) Komplementär anzusehen.

3. § 64I Satz 2 KWG-E, Übergangsvorschrift

§ 64I Satz 2 KWG-E sieht eine Befreiung von der Erlaubnispflicht für die Anlageverwaltung für solche Produkte vor, für die bis zum Datum des Kabinettschlusses (24.09.2008) ein Verkaufsprospekt veröffentlicht wurde.

Aufgrund der mit der Erlaubnisbeantragung einhergehenden Anforderungen befüworten wir diese Übergangsvorschrift ausdrücklich. Allerdings sieht die Übergangsregelung in § 64I Satz 1 KWG-E im Gegensatz zu der Bestimmung in Satz 2 als maßgeblichen Stichtag nicht das Datum des Kabinettschlusses, sondern das Datum des Kalendertages der Verkündung vor.

Wir möchten daher anregen, aus Gründen der einheitlichen Rechtsanwendung einen Gleichklang zwischen Satz 1 und 2 herzustellen und als maßgeblichen Stichtag für § 64I Satz 2 KWG-E entsprechend der Regelung in Satz 1 auf das Datum der Verkündung abzustellen.

Mit freundlichen Grüßen



Eric Romba
Rechtsanwalt
Hauptgeschäftsführer