

STELLUNGNAHME ZUM KAPITALANLAGEGESETZBUCH

anlässlich der Sachverständigenanhörung vor dem Finanzausschuss am 13.03.2013

von Dr. Ines Zenke, Rechtsanwältin/ Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Die vorliegende Stellungnahme konzentriert sich ganz auf die Wechselwirkung des Entwurfs des Kapitalanlagegesetzbuches (KAGB-E) mit den Problemen und Bedürfnissen der sog. Energiewende, insbesondere auf die Möglichkeit, Bürgerinnen und Bürger an relevanten Projekten finanziell direkt oder indirekt zu beteiligen.

I. Faktenlage: Bürgerbeteiligungen und Energiewende

Die Energiewende ist in aller Munde. Sie beschreibt den Umbau des Energiesystems hin zu mehr Effizienz und den Einsatz umweltfreundlicherer Technologien. Dazu gehören prominent die Erzeugung und der Einsatz erneuerbarer Energien. Die Bundesregierung hat das Ziel eines Anteils von 80% der Erneuerbaren an der Stromerzeugung bis 2050 ausgegeben,¹ welches gesellschaftlich breit geteilt wird. Um dieses Ziel zu erreichen, bedarf es großer Investitionen in die Infrastruktur. Die entsprechenden Erzeugungsanlagen müssen errichtet; die Stromnetze dafür erweitert/ertüchtigt werden.

Dass es hilfreich ist, Bürgerinnen und Bürger direkt an diesem Infrastrukturausbau zu beteiligen, ist inzwischen allgemein anerkannt: Es gibt zum einen ein Bedürfnis nach soliden Anlagemöglichkeiten; zum anderen reduziert die Bürgerbeteiligung das Akzeptanzproblem von Neu-/Ausbauten. In der Praxis sehen diese Bürgerbeteiligungen ganz unterschiedlich aus. Sie variieren zwischen finanziellen und gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen. Mal sind sie direkt und mal indirekt gestaltet. Auch kooperieren sie in unterschiedlicher Weise mit etablierten Energieversorgern. Typische Konstellationen sind:

Typus	Beispiele aus dem Energiebereich (Windparks)
Direkte gesellschaftsrechtliche Beteiligung	Bürger gründen gemeinsam eine Genossenschaft zum Bau und Betrieb eines Windparks.
Direkte finanzielle Beteiligung	Stadtwerk sammelt per Inhaberschuldverschreibung von Bürgern Kapital für einen Windpark.
Indirekte gesellschaftsrechtliche Beteiligung	Bürger schließen sich aus organisatorischen Gründen in einer Gesellschaft zusammen, die zusammen mit einem Stadtwerk Gesellschafterin einer Projektgesellschaft wird, die einen Windenergiepark betreibt.
Indirekte finanzielle Beteiligung	Bürger investieren in einen Fonds, der wiederum in verschiedene Projekte von erneuerbaren Energien, darunter Windparks, investiert.

Typische Bürgerprojekte haben ein vergleichsweise niedriges Investitionsvolumen. Üblicherweise bewegen sie sich im einstelligen oder gemäßigten zweistelligen Millionenbereich.

II. Gefahr: KAGB schränkt Bürgerbeteiligungen ein und erzeugt Rechtsunsicherheit

Die AIFM-Richtlinie und das KAGB verfolgen das begrüßenswerte Ziel, Missstände im sog. grauen Kapitalmarkt zu verhindern. Verschiedentlich wurde nun darauf hingewiesen,² dass eine An-

¹ Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung vom 28.09.2010.

² Z. B. vom Bundesverband Erneuerbare Energie e.V. (BEE) oder Greenpeace Energy eG.

wendung des KAGB-E auf Bürgerbeteiligungsprojekte sehr nachteilige Folgen nach sich zöge. Auch der Bundesrat sah diese Gefahr.³

Diese Gefahr ist real: Wenn ein Projekt unter die Anwendung des KAGB fällt, bedeutet dies ggf. Rechtsform einschränkungen, Mindestkapitalvorgaben, Erlaubnispflichten oder Einschränkungen bei der Aufnahme von Fremdkapital.⁴ In ihrer Gegenäußerung verwies die Bundesregierung zwar darauf, dass bei Projekten unterhalb der Schwelle von 100 Mio. EUR bereits das KAGB-E deutliche Erleichterungen vorsieht.⁵ Aber selbst diese erleichterten Anforderungen hätten bei vielen der zuvor vorgestellten Projekte die Realisierung verhindert. Sowohl für engagierte Ehrenamtliche als auch kommunale Unternehmen stünde der Verwaltungsaufwand im Missverhältnis zur Investitionssumme von z. B. 3 Mio. EUR für ein mittelgroßes Windrad. Aus der Sicht von Bürgerprojekten könnte die Schwelle daher auch bei 25 Mio. EUR liegen, wenn dafür die Administration weiter vereinfacht würde.

Ein zweites Problem besteht in einer erzeugten Rechtsunsicherheit. Denn selbst solche Projekte, die vermutlich nicht unter das KAGB fallen sollen, können heute nicht sicher sein, dass sie angenommen sein sollen: § 1 Abs. 1 KAGB-E definiert zwar den Schlüsselbegriff des Investmentsvermögens dergestalt, dass dies nur „jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, [...] der kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist“, sein soll. Nähere Erläuterungen, z. B. wann ein Unternehmen operativ außerhalb des Finanzsektors tätig ist, wie weit der Finanzsektor gewertet wird oder wie es bei Misch Tätigkeiten aussieht, finden sich weder im Normtext noch der Gesetzesbegründung. Die oben genannten Beispiele für direkte Beteiligungen dürften wohl als realwirtschaftlich in diesem Sinne gelten. Wichtig ist aber eine Klarstellung mit Blick auf die oben dargestellten indirekten Engagements.

III. Vorschlag: Erhöhung der Rechtssicherheit durch Nachschärfen

Um die skizzierten Probleme zu lösen, ist das KAGB-E so zu verändern, dass für die typischen Beteiligungsformen Rechtssicherheit entsteht:

1. Der Begriff „operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors“ ist im Gesetzestext entweder näher zu definieren oder durch Regelbeispiele klarer zu fassen. Mindestens sollte die Gesetzesbegründung klarstellen, dass darunter zum Beispiel auch die Errichtung und der Betrieb von Energieanlagen (ebenso wie auch die Errichtung von Anlagen zum gemeinsamen Wohnen im Alter) zählen würden.
2. Bei indirekten gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen, die letztlich nur aus organisatorischen Gründen eine Stufung beinhalten, ist sicherzustellen, dass sie analog zu den operativ tätigen Unternehmen außerhalb des Finanzsektors behandelt werden. Durch Einführung eines gemäßigten Schwellenwertes könnte man sicherstellen, dass nur überschaubare Projekte bürgerschaftlichen Engagements davon profitieren können.
3. Für sonstige Fälle, in denen die Vorgaben des KAGB eine große Bürde darstellten, das Unternehmen aber der Aufsicht nicht bedarf und auch der Verbraucherschutz nicht dagegen spricht, sollte eine einzelfallbasierte Ausnahmemöglichkeit analog § 2 Abs. 4 Kreditwesengesetz geschaffen werden.

³ BT-Drs. 17/12294, S. 564.

⁴ Bei Investitionen in Anlagen nach dem Erneuerbaren-Energien-Gesetz waren Banken – wegen des geringen Risikos – in der Vergangenheit bereit, sehr hohe Fremdkapitalanteile zu finanzieren. Man spricht teilweise von 80-90% Fremdkapitalquote.

⁵ BT-Drs. 17/12294, S. 575.