

Position des BVI zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/91/EU zur Änderung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) im Hinblick auf die Aufgaben der Verwahrstelle, die Vergütungspolitik und Sanktionen (OGAW-V-Umsetzungsgesetz – OGAW-V-UmsG)

GZ: VII B 2 - WK 6451/14/10001 :003

DOK: 2015/0436197

Der BVI¹ begrüßt die sachgerechten Vorschläge im Referentenentwurf für ein OGAW V-Umsetzungsgesetz zur Überführung der OGAW V-Richtlinie in das KAGB. Die eigentliche Richtlinienumsetzung ist gut und weitestgehend zielgenau gelungen.

Darüber hinaus begrüßen wir eine Reihe weiterer Regelungen, die anlässlich der OGAW V-Umsetzung getroffen werden sollen. Genannt seien hier insbesondere

- die Möglichkeit der Kreditvergabe durch geschlossene Fonds,
- die Klarstellungen bezüglich Restrukturierung und Prolongation von Darlehen als originäre Tätigkeiten der kollektiven Vermögensverwaltung,
- der Mechanismus zur Eliminierung effektiver Stücke,
- die Regelungen zur Bezugsgröße der Kreditaufnahmegrenze, der Grenze für das Währungsrisiko sowie des Grundsatzes der Risikomischung bei geschlossenen Fonds,
- die Regelungen für den Erwerb von Spezialfondsanteilen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge und
- die Zulassung der Verschmelzung von Spezial-Sondervermögen auf Investmentkommanditgesellschaften.

Bedenken haben wir gegenüber einer Reihe geplanter Maßnahmen, die nicht durch die OGAW-Richtlinie vorgegeben sind:

- Ausweitung der OGAW-Vorgaben auf den Bereich der AIF(M): Der Entwurf erstreckt die Regelungen der OGAW V-Richtlinie weitgehend auch auf AIF bzw. KVGs, die ausschließlich AIF verwalten. Während im Bereich der Publikumsfonds einige dieser Einzelmaßnahmen im Interesse des Anlegerschutzes sinnvoll sein können, halten wir entsprechende Regelungen im rein institutionellen Bereich für überzogen.
- Begrenzung des Erwerbs unverbriefter Darlehensforderungen durch offene Spezial-AIF: Die erst mit dem Investmentänderungsgesetz geschaffene Möglichkeit des Erwerbs unverbriefter Darlehensforderungen durch offene Spezial-AIF soll über eine 50-Prozent-Grenze drastisch eingeschränkt werden. Hierfür sehen wir aufgrund der Erfahrungen, die mit dieser Produktkategorie in den letzten Jahren gewonnen werden konnten, keinen Anlass. Die neuen Möglichkeiten für geschlossene Fonds im Bereich von Kreditvergabe und -erwerb schaffen hierfür keinen angemessenen Ausgleich.

¹ Der BVI vertritt die Interessen der deutschen Investmentindustrie. Seine 90 Mitglieder verwalten über 2,6 Billionen Euro in OGAWs, AIFs und Vermögensverwaltungsmandaten. Mit der Interessenvertretung der Mitglieder engagiert sich der BVI für bessere Rahmenbedingungen für die Investmentanleger. Die Mitgliedsgesellschaften des BVI betreuen direkt oder indirekt das Vermögen von rund 50 Millionen Menschen in rund 21 Millionen Haushalten.

- Die Regelungen zur Kreditvergabe verhindern zudem die Vergabe von Darlehen für Rechnung des AIF an Gesellschaften, an denen er beteiligt ist. Damit werden Darlehen an Dritte der Innenfinanzierung gleichgestellt, obwohl diese jedenfalls bei Mehrheitsbeteiligungen grundverschieden von Darlehen an Dritte sind. Je höher die Beteiligung des AIF an der Gesellschaft ist, desto weniger ist die Vergabe von Gesellschafterdarlehen der Vergabe von Darlehen an Dritte wirtschaftlich und im Hinblick auf den zu schützenden Anleger vergleichbar. Diese gesetzliche Vorgabe würde zu einer wesentlichen und nicht dem Anlegerschutz dienenden Einschränkung der Tätigkeit des AIF führen.

Im Einzelnen bitten wir, folgende Änderungsvorschläge im Gesetzentwurf zu berücksichtigen:

Artikel 1

Änderung des Kapitalanlagegesetzbuchs

Nr. 5 (§ 7a-neu) sollte ersatzlos gestrichen werden.

Begründung:

Der neue § 7a KAGB soll vorsehen, dass die BaFin Sanktionsmaßnahmen, die gemäß § 7 sofort vollziehbar sind, auf ihrer Internetseite bekannt machen kann. Die Vorschrift steht in Widerspruch zu dem neu einzuführenden § 341a KAGB, der ebenfalls die Bekanntmachung von Sanktionen durch die BaFin regelt und der Umsetzung des Art. 99b der OGAW-Richtlinie sowie des Art. 48 der AIFM-Richtlinie dienen soll.

Gemäß Art. 48 Abs. 2 AIFM-Richtlinie sollen verhängte Sanktionen gegenüber AIFM nur unter bestimmten Voraussetzungen veröffentlicht werden, was bislang in § 5 Abs. 7 KAGB mit Beschränkung auf unanfechtbare Sanktionsmaßnahmen umgesetzt wurde und nun in § 341a KAGB-neu überführt werden soll. Anlässlich der Umsetzung der OGAW V-Richtlinie besteht daher kein Anlass, die bisherige Regelung für AIFM auf sofort vollziehbare Maßnahmen auszuweiten. Dies gilt erst recht, weil Art. 99b OGAW-Richtlinie im Gegensatz zu dem geplanten § 7a KAGB nur die Bekanntmachung von unanfechtbaren Sanktionsmaßnahmen fordert. Die pauschale Erweiterung der Möglichkeit zur Bekanntmachung durch die BaFin auf noch anfechtbare, aber sofort vollziehbare Maßnahmen geht deutlich über die europäischen Vorgaben hinaus. Eine inhaltliche Ausweitung des „Prangers“ über sämtliche Richtlinienvorgaben hinaus ist daher nicht akzeptabel. Zudem ist nicht nachvollziehbar, warum das Thema Bekanntmachung von Sanktionen an zwei unterschiedlichen Stellen im Gesetz mit voneinander abweichendem Inhalt geregelt werden soll.

Nr. 6 (§ 8a-neu) sollte wie folgt gefasst werden:

Nach § 8 wird folgender § 8a eingefügt:

„§ 8a Anzeige von Verdachtsfällen

(1) Bei der Bundesanstalt wird eine Stelle bestimmt, bei der potenzielle oder tatsächliche Verstöße gegen dieses Gesetz, gegen auf Grund dieses Gesetzes erlassene Rechtsverordnungen oder unmittelbar geltende Vorschriften in Rechtsakten der Europäischen Union über ~~Europäische Risikokapitalfonds, Europäische Fonds für soziales Unternehmertum oder e~~Europäische langfristige Investmentfonds, angezeigt werden können. Die Verstöße müssen sich auf Investmentvermögen beziehen oder mit Investmentvermö-

gen in Zusammenhang stehen, die Privatanlegern offen stehen. Diese Stelle erhält eine eigene Bezeichnung, eine eigene Rufnummer und eine eigene E-Mail-Adresse, die auf der Internetseite der Bundesanstalt veröffentlicht wird. Zudem wird auf der Internetseite der Bundesanstalt eine Möglichkeit für Online-Mitteilungen geschaffen.

(2) [...]

(3) [...]

(4) [...]"

Begründung:

Der geplante § 8a KAGB regelt die Einrichtung einer Anlaufstelle für sogenannte „Whistleblower“ bei der BaFin. Er setzt Art. 99d der neu gefassten OGAW-Richtlinie um. Der Anwendungsbereich des § 8a neu ist allerdings nicht auf (potenzielle) Gesetzesverstöße in Bezug auf OGAW-Fonds beschränkt. Nach dem Wortlaut des Entwurfes soll die Whistleblower-Mechanik bezogen auf jeglichen Verstoß gegen das KAGB zur Anwendung kommen, also auch bei Sachverhalten, die sich ausschließlich auf Spezialfonds oder institutionelle Anleger beziehen. Dieser Überschuss gegenüber der Richtlinienvorgabe ist weder notwendig noch sachgerecht. Eine Ausweitung auf nationaler Ebene ist daher allenfalls für solche Nicht-OGAW-Fonds gerechtfertigt, bei denen – wie bei OGAW-Fonds – Privatanleger zumindest auch betroffen sein können. Im institutionellen Bereich bedarf es der Whistleblower-Mechanik nicht, da die Anleger hier regelmäßig in engem Kontakt zu den KVGs und Verwahrstellen stehen. Sie stellen neben den oben erwähnten Akteuren eine zusätzliche faktische Kontrollinstanz dar und einen zusätzliche Anlaufpunkt für etwaige Beschwerden über gesetzeswidrige Vorgehensweisen im Rahmen der Fondsverwaltung. Außerdem fehlt es an entsprechenden Vorgaben in der AIFM-Richtlinie, was bei Ausweitung auf AIF mit institutionellen Anlegern im EU-Vergleich zu Wettbewerbsnachteilen in Deutschland führen würde. Dies gilt entsprechend für Europäische Risikokapitalfonds und Fonds für soziales Unternehmertum, die ebenfalls auf professionelle Anleger beschränkt sind.

Nr. 8 b) (§ 12 Abs. 6 Nr. 19-neu) sollte wie folgt gefasst werden:

b) In Absatz 6 Satz 1 wird folgende Nummer 19 angefügt:

„19. [...] zurückgehen; **die von der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde ausschließlich für den Zweck des Informationsaustausches zwischen den zuständigen Behörden eingerichtete zentrale Datenbank über ihr gemeldete Sanktionen ist nur den zuständigen Behörden zugänglich.**“

Begründung:

Die Ergänzung der neuen Nr. 19 um einen weiteren Halbsatz dient der Umsetzung von Art. 99b Abs. 2 Sätze 3 und 4 OGAW-Richtlinie. Zur Wahrung des Datenschutzes ist eine entsprechende Klarstellung im KAGB notwendig.

Nr. 10 (§ 18) sollte wie folgt gefasst werden:

Nach § 18 Absatz 3 Satz 2 werden die folgenden Sätze eingefügt:

„Die Anforderungen an die Unabhängigkeit ~~von~~des Aufsichtsrats**mitgliedern einer** externen OGAW-Kapitalverwaltungsgesellschaft von der **OGAW-Kapital**Verwaltungsgesellschaft nach den Sätzen 1 und 2

bestimmen sich nach den Artikeln (...) der Delegierten Verordnung (EU) Nr. (...) /2015). Artikel (...) der Delegierten Verordnung (EU) Nr. (...) /2015 gelten entsprechend für externe AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften, die nicht ausschließlich Spezial-AIF verwalten.“

Begründung:

Die nationale Ausweitung der europarechtlichen Vorgaben für OGAW-Fonds auch auf AIF ist nur akzeptabel, soweit es sich um vergleichbare Sachverhalte wie im OGAW-Bereich handelt. Das ist bei AIF-Publikumsfonds gegeben, nicht aber bei Spezialfonds. Da die Sätze 1 und 2 des Absatzes 3 auf reine Spezialfonds-KVGs weiterhin keine Anwendung finden sollen, würde die entsprechende Anwendung der OGAW-Durchführungsverordnung hier ohnehin ins Leere laufen. Denn wo kein unabhängiges Aufsichtsratsmitglied vorgeschrieben ist, bedarf es auch keiner Erläuterung zum Begriff der Unabhängigkeit.

Die Gesetzesbegründung führt aus, dass auf europäischer Ebene im AIF-Bereich ebenfalls Regelungen zur Unabhängigkeit des Aufsichtsrats zu erwarten seien. Das spricht unseres Erachtens gerade gegen eine entsprechende Anwendung der OGAW-Regeln auf AIF zum jetzigen Zeitpunkt. Denn die Erfahrung hat gezeigt, dass OGAW- und AIF-Vorgaben seitens der EU oftmals zwar ähnlich, aber nicht identisch ausgestaltet werden. Um den betroffenen KVGs eine nochmalige Anpassung zu ersparen, sollte zumindest für den reinen Spezialfondsbereich an dieser Stelle kein Gold Plating betrieben werden.

Im Übrigen schlagen wir einige redaktionelle Änderungen des geplanten Textes vor.

Nr. 11 (§ 20) sollte wie folgt gefasst werden:

Nach § 20 Absatz 7 werden folgende Absätze angefügt:

„(8) [...]

(9) AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften dürfen im Rahmen der kollektiven Vermögensverwaltung ein Gelddarlehen nur gewähren, wenn dies aufgrund der Verordnung (EU) Nr. 345/2013, der Verordnung (EU) Nr. 346/2013, der Verordnung (EU) Nr. 760/2015 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2015 über europäische langfristige Investmentfonds (ABI L 123 vom 19.05.2015, S. 98), § 3 Absatz 2 in Verbindung mit § 4 Absatz 7 des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften, § 240, § 261a oder § 285 Absatz 2 oder Absatz 3 erlaubt ist. Die Gewährung eines Gelddarlehens im Sinne des Satzes 1 liegt nicht vor bei einer der Darlehensgewährung nachfolgenden Änderung der Darlehensbedingungen.

(10) [...].“

Begründung:

Die Regelung sieht bislang vor, dass die Vergabe von Darlehen an Gesellschaften, an denen der AIF eine Beteiligung hält, für Rechnung geschlossener Publikums-AIF vollständig ausgeschlossen ist und für Rechnung geschlossener Spezial-AIF nur bis zu 30 Prozent des aggregierten eingebrachten und des noch nicht eingeforderten zugesagten Kapitals zulässig sein soll. Diesen Vorgaben liegt die Fehlannahme zugrunde, dass die Kreditvergabe an unverbundene Dritte mit Gesellschafterdarlehen gleichzusetzen sind (2.). Gesellschafterdarlehen dienen jedoch der Optimierung der Anlagestrategie im Interesse der Anleger (1.). Im Einzelnen:

1. Die Vergabe von Darlehen an Beteiligungsgesellschaften dient der Optimierung der Anlagestrategie im Interesse der Anleger: In der Gesetzesbegründung (§ 285) erkennt das Bundesfinanzminis-

terium bereits an, dass nicht-bankgestützte Finanzierungen einen wichtigen Beitrag für die Finanzierung der Realwirtschaft bilden. Dies gilt bereits heute in maßgeblichem Umfang für die Vergabe von Darlehen, an denen eine Gesellschaft beteiligt ist. Benötigt eine Beteiligungsgesellschaft Kapital, um Vermögensgegenstände zu erwerben, in die der AIF bzw. die KVG nicht direkt investieren kann oder will, hat der AIF bzw. die KVG die Wahl, dieser Beteiligungsgesellschaft Eigenkapital zuzuführen oder ihr Fremdkapital zur Verfügung zu stellen. Die Beteiligung durch Eigenkapital an einer Gesellschaft ist jedoch grundsätzlich risikoreicher, teurer und weniger flexibel als die Finanzierung im Wege des Fremdkapitals. Denn Eigenkapital haftet für Verbindlichkeiten der Beteiligungsgesellschaft gegenüber Dritten. Fremdkapital wird üblicherweise verzinst. Im Einzelfall werden Gesellschafterdarlehen sogar besichert. Ist der AIF im Wege eines Joint Ventures an einer Gesellschaft beteiligt, kann durch die Zuführung von Fremdkapital (statt Eigenkapital) vermieden werden, dass sich die Mehrheitsverhältnisse im Joint Venture verändern. Im Wege eines Gesellschafterdarlehens ausgegebenes Fremdkapital kann zudem bei Bedarf etwa für eine andere Beteiligungsgesellschaft schneller und flexibler wieder zurückgeführt werden, während für die Zuführung und Rückzahlung von Eigenkapital in der Regel eintragungspflichtige Gesellschafterbeschlüsse gefasst werden müssten (z.B. bei einer Kapitalerhöhung oder -herabsetzung) und der Wirtschaftsprüfer regelmäßig in den Vorgang einzubeziehen wäre. Ergeben sich für den AIF Möglichkeiten zur Investition, kann die Finanzierung durch Vergaben von Gesellschafterdarlehen an eine Beteiligungsgesellschaft kurzfristig erfolgen. Im Krisenfall können Gesellschafterdarlehen die Sanierung des geschlossenen AIF erst ermöglichen, ein Verbot der Vergabe von Gesellschafterdarlehen hingegen könnte im Einzelfall zwingend zur Liquidation des AIF zu Lasten der Anleger führen. Zinsaufwendungen (für Kredite) können zudem steuermindernd berücksichtigt werden. Dies erhöht den Wert der Beteiligung und kommt damit ebenfalls den Anlegern des AIF zugute. Die Vergabe von Darlehen an Beteiligungsgesellschaften ist daher eine gesellschaftsrechtlich übliche Finanzierungsform.

2. Die Vergabe von Darlehen an Beteiligungsgesellschaften ist nicht mit einer Darlehensvergabe an Dritte vergleichbar. Ein Verbot oder eine Einschränkung ist folglich nicht aus Anlegerschutzgesichtspunkten zu begründen: Die aufgeführten Risiken eines „runs“ von Anlegern greifen bei der Vergabe von Darlehen durch geschlossene Fonds an Beteiligungsgesellschaften ebenso wenig wie die Risiken des exzessiven Kreditwachstums oder der Prozyklizität sowie der Ansteckung anderer Bereiche des Finanzsystems. Aufgrund der geschlossenen Gestaltung ist ein „run“ von Anlegern ausgeschlossen. Bei der Vergabe von Darlehen an Tochtergesellschaften steht der AIF zudem wirtschaftlich betrachtet auf beiden Seiten der Transaktion: Er kann die Nutzung und Rückzahlung des Kredites über das Mittel seiner Beteiligung kontrollieren bzw. steuern. Ein exzessives, für das Finanzsystem relevantes Kreditwachstum allein aufgrund der Darlehensvergabe im Wege der Innenfinanzierung an Beteiligungsgesellschaften ist nicht denkbar. KVGs, die Kredite vergeben, müssen zudem ein entsprechendes Risiko- und Liquiditätsmanagement vorhalten. Dies stellt das Bundesfinanzministerium im Entwurf spezifisch klar. Je höher die Beteiligung des AIF an der Gesellschaft, desto weniger sind daher die Vergabe des Darlehens und dessen Risiken mit der Gewährung von Darlehen an Dritte vergleichbar.

Nr. 12 (§ 26) sollte wie folgt gefasst werden:

Dem § 26 Absatz 7 werden die folgenden Sätze angefügt:

„Die Anforderungen an OGAW-Kapitalverwaltungsgesellschaften zur Erfüllung ihrer Pflicht, im Sinne des Absatzes 1 bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig von der Verwahrstelle zu handeln, bestimmen sich nach den Artikeln (...) der Delegierten Verordnung (EU) Nr. (...)/2015). Artikel (...) der Delegierten Ver-



ordnung (EU) Nr. (...)/2015) gelten entsprechend für AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften, **die nicht ausschließlich Spezial-AIF verwalten.**

Begründung:

Unsere Ausführungen zu Nr. 10 (§ 18 Absatz 3-neu) gelten hier entsprechend.

Nr. 13 a) cc) (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 9-neu) sollte wie folgt gefasst werden:

cc) Folgende Nummer 9 wird angefügt:

„9. **wenn die Kapitalverwaltungsgesellschaft Investmentvermögen verwaltet, die Privatanlegern offen stehen,** einen Prozess, der es den Mitarbeitern unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität ermöglicht, potenzielle oder tatsächliche Verstöße gegen dieses Gesetz, gegen aufgrund dieses Gesetzes erlassene Rechtsverordnungen oder gegen unmittelbar geltende Vorschriften in Rechtsakten der Europäischen Union über ~~Europäische Risikokapitalfonds, Europäische Fonds für soziales Unternehmertum oder~~ Europäische langfristige Investmentfonds sowie etwaige strafbare Handlungen innerhalb der Kapitalverwaltungsgesellschaft an ~~eine~~ geeignete Stellen zu melden. **Der Prozess ist nur für Verstöße im Zusammenhang mit der Verwaltung von Investmentvermögen einzurichten, die Privatanlegern offen stehen.**“

Begründung:

Die geplante neue Nr. 9 setzt Art. 99d der OGAW-Richtlinie um. Eine nationale Ausweitung der Whistleblower-Regeln über den OGAW-Bereich hinaus ist nur in Bezug auf Fonds gerechtfertigt, bei denen – wie bei OGAW-Fonds – Privatanleger beteiligt sein können. Eine KVG, die ausschließlich Spezialfonds verwaltet, sollte daher von der neuen Anforderung ganz ausgenommen sein. Im Übrigen verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Nr. 6 (§ 8a-neu).

Wir bitten außerdem, den Wortlaut an die Parallel-Vorschrift in § 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 KWG anzupassen, wonach etwaige Verstöße an „geeignete Stellen“ zu melden sind. Die Beschränkung auf „eine geeignete Stelle“ könnte beispielsweise bei Konzerngesellschaften zu Problemen führen, die bereits heute freiwillig die im Bankenkonzern einheitlich umgesetzten Prozesse nutzen. Ein Gleichlauf der Vorschriften im KWG und KAGB sollte daher gewährleistet sein.

Nr. 14 b) (§ 29 Abs. 6 Satz 1) nebst Begründung sollten ersatzlos gestrichen und Nr. 14 (§ 29 Absatz 5a-neu) wie folgt gefasst werden:

§ 29 wird wie folgt geändert:

Nach Absatz 5 wird der folgende Absatz 5a eingefügt:

„(5a) AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften, die für Rechnung des AIF Gelddarlehen gewähren oder in unverbriefte Darlehensforderungen investieren, haben darüber hinaus eine diesen Geschäften und deren Umfang angemessene Aufbau- und Ablauforganisation, Verfahren zur Früherkennung ~~von der mit diesen Tätigkeiten verbundenen wesentlichen~~ Risiken und Verfahren zur **Erfassung, Messung, Steuerung und Überwachung Klassifizierung** der **wesentlichen** Risiken einzurichten. Satz 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Darlehensvergabe zulässig ist nach § 3 Absatz 2 in Verbindung mit § 4 Absatz 7 des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften, § 240 oder § 285 Absatz 3.“

Begründung:

Die Einrichtung eines Risikomanagementprozesses, der die besonderen Risiken bei der Darlehensgewährung und bei Investitionen in unverbriefte Darlehensforderungen berücksichtigt, ist unabdingbar. Nach unserer Ansicht ist jedoch eine ausdrückliche Regelung hierfür angesichts der bereits bestehenden gesetzlichen und EU-Vorgaben nicht notwendig. Denn die AIFM-Richtlinie und auch § 29 KAGB i.V.m. der AIFM-Verordnung regeln bereits heute umfangreich, dass die den einzelnen Vermögenswerten eines AIF und der Geschäftstätigkeiten des AIFM anhaftenden wesentlichen Risiken (und damit auch die für die Darlehensgewährung und Investitionen in unverbriefte Darlehensforderungen) im Risikomanagementprozess angemessen berücksichtigt werden müssen. Diese Vorgaben schließen entsprechende Prozesse für eine Aufbau- und Ablauforganisation, Frühwarnsysteme und Verfahren zur Risikomessung usw. mit ein. Weiterer nationaler Konkretisierungen durch die BaFin, wie dies über eine Ausweitung der Verordnungsermächtigung in § 29 Abs. 6 Satz 1 KAGB-neu vorgeschlagen ist, bedarf es daher nicht. Soweit zusätzliche Regelungen für diese Produkte notwendig sein sollten, sollten diese allein den EU-Gesetzgebern bzw. der ESMA vorbehalten bleiben, um die Wettbewerbsfähigkeit dieser Produkte innerhalb der EU sicherzustellen.

Wir können jedoch das Interesse nachvollziehen, die Bedeutung des Risikomanagementprozesses für diese neue Fondstypen nochmals ausdrücklich im Gesetz hervorzuheben und die hierfür einzurichtenden Prozesse einer besonderen Aufsicht zu überführen. Um einen Gleichlauf mit den bereits existierenden EU-Vorgaben sowie den Vorgaben in § 29 KAGB nebst AIFM-Verordnung sicherzustellen, sollte jedoch der Wortlaut an die für den Fondsbereich üblichen Formulierungen angepasst werden. Unser Änderungsvorschlag berücksichtigt daher die entsprechenden Formulierungen in den AIFM-Regelwerken, den Wortlaut in § 29 Abs. 2 sowie die bereits im BaFin-Rundschreiben 10/2012 (BA) zu Mindestanforderungen an das Risikomanagement festgelegten Grundsätze. Die hier gebrauchten Formulierungen zum Risikomanagement sind hinreichend bekannt und bewährt und bedürfen keiner weiteren Erläuterung.

Nr. 15 b) (§ 30 Abs. 5 Satz 1) sollte ersatzlos gestrichen werden. Absatz 2 der Begründung zu § 30 sollte wie folgt angepasst werden:

„Im Vordergrund stehen besondere Anforderungen an offene Spezial-AIF, die nicht nur geringfügig in unverbriefte Darlehensforderungen investieren und an darlehensvergebende geschlossene Spezial-AIF, die Kredite aufnehmen. So sollten z. B. AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften, die für Rechnung des Spezial-AIF Darlehen gewähren und zugleich Kredite aufnehmen, **besondere Sorgfalt auf die Umsetzung der in den Art. 46 bis 49 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 231/2013 definierten Anforderungen an das Liquiditätsmanagementsystem, insbesondere auf die dort zur Liquiditätsrisikoüberwachung und -steuerung geforderten Verfahren richten. eine Mindestliquidität vorhalten, um damit fällige Kreditverbindlichkeiten des AIF bedienen zu können. Die näheren Anforderungen sollen nach Absatz 5 Satz 1 durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums der Finanzen konkretisiert werden. Diese Ermächtigung kann nach Satz 2 auf die Bundesanstalt übertragen werden, was im Rahmen des § 1 Nummer 3a der Verordnung zur Übertragung von Befugnissen zum Erlass von Rechtsverordnungen auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bereits erfolgte.**“

Begründung:

Die vorgenannten Ausführungen zum Risikomanagementprozess gelten auch für das Liquiditätsmanagement. Auch hier gelten bereits umfassende gesetzliche und EU-Vorgaben in § 30 KAGB und den EU-AIFM-Regelwerken. Insbesondere sollte in der Begründung klargestellt werden, dass die in der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 231/2013 (kurz: AIFM-VO) geforderten Anforderungen an das Liquiditätsmanagement eingehalten und mit besonderer Sorgfalt umgesetzt werden sollen. Ein Einschränken

dieser Anforderungen auf das bloße Vorhalten einer Mindestliquidität, um fällige Kreditverbindlichkeiten bedienen zu können, stünde Art. 47 Abs. 1 a AIFM-VO entgegen. Danach muss ein AIFM bereits sicherstellen, dass er in Bezug auf den AIF eine den zugrunde liegenden Verbindlichkeiten angemessene Liquiditätshöhe beibehält, die er auf Basis bestimmter Kriterien ermitteln soll. Weiterer nationaler Konkretisierungen durch die BaFin, wie dies über eine Ausweitung der Verordnungsermächtigung in § 30 Abs. 5 Satz 1 KAGB-neu vorgeschlagen ist, bedarf es daher nicht. Soweit zusätzliche Liquiditätsmanagement-Regelungen für diese Produkte notwendig sein sollten, sollten diese allein den EU-Gesetzgebern bzw. der ESMA vorbehalten bleiben, um die Wettbewerbsfähigkeit dieser Produkte innerhalb der EU sicherzustellen.

Nr. 16 (§ 34) sollte wie folgt gefasst werden:

§ 34 wird wie folgt geändert:

- a) [...]
- b) Folgender Absatz 6 wird angefügt:

„(6) Für Soweit AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften, die für Rechnung eines AIF Gelddarlehen im Sinne von § 285 Absatz 2 gewähren, gilt § 14 des Kreditwesengesetzes entsprechend.“

Begründung:

Die im Referentenentwurf vorgesehene Regelung würde das Millionenkreditmeldeverfahren nicht nur auf Gelddarlehen an Dritte erstrecken, die so genannte „Kreditfonds“ gewähren, sondern darüber hinaus beispielsweise auch auf Darlehen, die KVGs gemäß § 240 auf Rechnung von Immobilien-Sondervermögen an Immobilien-Gesellschaften ausreichen. Für eine derart weitreichende Einbeziehung von KVGs in das Meldewesen für Millionenkredite sehen wir keine aufsichtsrechtliche Veranlassung, und nach unserem Verständnis der Begründung zu Nr. 16 ist dies auch nicht beabsichtigt. Eine andernfalls überschießende „Infizierung“ der gesamten KVG wäre nicht sachgerecht und würde zudem eine fondsübergreifende Administration erforderlich machen. Insofern schlagen wir vor, den Verweis auf § 14 KWG auf die Gewährung von Gelddarlehen im Sinne von § 285 Abs. 2 zu beschränken. Dadurch wird klargestellt, dass in solchen Fällen das Millionenkreditregime jeweils nur auf den betroffenen AIF beschränkt wird und dass Millionenkredite und Kreditnehmereinheiten nicht auf KVG-Ebene zu erfassen wären.

Nr. 18 c) (§ 37 Abs. 3) sollte wie folgt gefasst werden:

c) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 wird gestrichen.

bb) [...]

cc) Satz 3 wird wie folgt gefasst: ~~„Im Rahmen der Bestimmungen nach Satz 1 Nummer 4 müssen die~~ Die auf Offenlegung der Vergütung bezogenen handelsrechtlichen Bestimmungen nach § 340a Absatz 1 und 2 in Verbindung mit § 340l Absatz 1 Satz 1 des Handelsgesetzbuches müssen unberührt bleiben.“

dd) Satz 4 wird gestrichen.

Begründung:

Der Absatz enthält bislang eine Verordnungsermächtigung für das BMF bzw. für die BaFin, um Ausführungen des Anhangs II zur AIFM-Richtlinie im Hinblick auf Vergütungssysteme weiter zu konkretisieren. Die Ermächtigung soll nun erweitert werden und auch hinsichtlich der entsprechenden Vorgaben in Art. 14a und 14b der OGAW-Richtlinie gelten. Wir halten zusätzliche Regelungen durch den nationalen Verordnungsgeber zu diesem Thema jedoch weder für notwendig noch für sinnvoll. Beide Richtlinien sehen für die ESMA eine Ermächtigung vor, Leitlinien zur Konkretisierung der Vorgaben hinsichtlich Vergütungssystemen zu erlassen. Über diese Leitlinien hinaus wird u.E. kaum noch Raum für eine nationale Konkretisierung bleiben. Wir halten es auch nicht für sinnvoll, europäische Leitlinien in Deutschland durch eine Verordnung umzusetzen, da Änderungen auf europäischer Ebene dann nur mit relativ hohem Aufwand und Zeitverzug nachvollzogen werden können.

Die bisherigen Sätze 2 und 3 in Absatz 3 sollten bestehen bleiben, da sie den Proportionalitätsgrundsatz verdeutlichen und die handelsrechtlichen nationalen Besonderheiten bei der Offenlegung berücksichtigen. Der bisherige Satz 3 ist redaktionell an die von uns vorgeschlagene Streichung anzupassen.

Nr. 33 b) (§ 85 Abs. 5) sollte wie folgt gefasst werden:

In Absatz 5 ~~werden die Sätze 1 und 2 durch folgenden Satz ersetzt~~wird nach Satz 2 folgender Satz eingefügt:

„Soweit die Verwahrstelle mit der Verwahrung von Publikums-AIF beauftragt ist, bestimmen sich die Anforderungen an die Verwahrstelle zur Erfüllung ihrer Pflicht, im Sinne des Absatzes 1 bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig von der AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft zu handeln, ~~bestimmen sich~~ nach den entsprechend anwendbaren Artikeln (...) der Delegierten Verordnung (EU) Nr. (...)/2015.“

Begründung:

Ausweislich der Begründung zum Gesetzesentwurf sollen die Artikel (...) der Delegierten Verordnung (EU) Nr. (...)/2015, die die Europäische Kommission aufgrund des neu eingefügten Artikel 26b Buchstabe h in Verbindung mit dem neu gefassten Artikel 25 Absatz 2 zur Festlegung der Bedingungen zur Erfüllung des Gebotes der Unabhängigkeit zwischen Verwaltungsgesellschaft und Verwahrstelle erlassen hat, auf Verwahrstellen, die Vermögenswerte von AIF verwalten, entsprechend anwendbar sein. Dies sei aufgrund der vergleichbaren Interessenlage angezeigt. Eine vergleichbare Interessenlage ist jedoch nur insoweit gegeben, als sich die Bestellung als Verwahrstelle auf Publikums-AIF bezieht.

Nr. 40 (§ 100a) sollte wie folgt gefasst werden:

Nach § 100 wird folgender § 100a eingefügt:

„§ 100a Übertragung auf eine andere Kapitalverwaltungsgesellschaft

(1) Anstelle der Kündigung des Verwaltungsrechts und Abwicklung des Sondervermögens durch die Verwahrstelle nach den §§ 99 und 100 kann die Kapitalverwaltungsgesellschaft mit Genehmigung der Bundesanstalt das Sondervermögen, wenn dieses im Eigentum der Kapitalverwaltungsgesellschaft steht, oder das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das Sondervermögen, wenn dieses im Miteigentum der Anleger steht, nach Maßgabe der bisherigen Anlagebedingungen auf eine andere Kapitalverwaltungsgesellschaft (aufnehmende Kapitalverwaltungsgesellschaft) übertragen. **Für die Genehmigung gilt § 163 Absatz 2 Sätze 1, 2 und 4 bis 6 entsprechend.** Die aufnehmende Kapitalverwaltungsgesellschaft muss

über eine Erlaubnis zur Verwaltung solcher Arten von Investmentvermögen verfügen. § 100 Absatz 3 Satz 2 bis 5 gilt entsprechend.

(2) Die Kapitalverwaltungsgesellschaft hat die Übertragung im Bundesanzeiger ~~und darüber hinaus im Jahresbericht oder Halbjahresbericht~~ bekannt zu machen. Die Bekanntmachung darf erst erfolgen, wenn die Bundesanstalt die Genehmigung nach Absatz 1 erteilt hat. § 99 Absatz 1 Satz 3 und Satz 4 zweiter Teilsatz gilt entsprechend.

(3) Der Zeitpunkt, zu dem die Übertragung wirksam wird, bestimmt sich nach der vertraglichen Vereinbarung zwischen der Kapitalverwaltungsgesellschaft und der aufnehmenden Kapitalverwaltungsgesellschaft. Die Übertragung darf bei Publikumssondervermögen frühestens mit Ablauf von drei Monaten nach der Bekanntmachung im Bundesanzeiger nach Absatz 2 Satz 1 ~~und bei Spezialsondervermögen frühestens mit der Anzeige der Übertragung bei der Bundesanstalt~~ wirksam werden.

(4) [...]"

Begründung:

Das Genehmigungsverfahren sollte an die Regeln für Änderungen der Anlagebedingungen angepasst werden. Durch den Verweis auf § 163 unterliegt die BaFin bei der Bearbeitung eines Antrags auf Genehmigung einer Übertragung denselben Fristen wie bei einem Antrag auf Genehmigung geänderter Anlagebedingungen. Durch die Streichung in Absatz 2 muss über eine geplante Übertragung – wie bei wesentlichen Änderungen der Anlagebedingungen – per Bundesanzeiger und per dauerhaftem Datenträger informiert werden. Eine Veröffentlichung im Jahres- oder Halbjahresbericht ist darüber hinaus nicht nötig.

Ohne diese Änderungen wäre für die Übertragung eines Publikumsfonds ein extremer zeitlicher Vorlauf nötig. Es wäre widersinnig, wenn z. B. eine Änderung der Anlagepolitik oder die Kündigung des Fonds schneller umgesetzt werden könnten.

Das Wirksamwerden der Übertragung von Spezialfonds sollte überdies nicht an die Anzeige bei der Bundesanstalt gekoppelt werden. Die Parteien der Übertragung benötigen Rechtssicherheit bzgl. des Zeitpunkts des Übergangs von Rechten und Pflichten. Es wäre nicht sachgerecht, wenn die bloße Verletzung einer Anzeigepflicht – sei sie verschuldet oder unverschuldet – zu einer zeitlichen Verschiebung der Übertragung führt. Auch im Rahmen des § 100 KAGB, auf den bzgl. der Anzeigepflicht verwiesen wird, stellt der Eingang der Anzeige bei der BaFin keine Wirksamkeitsvoraussetzung dar.

Nr. 41 b) (§ 101 Absatz 4-neu) sollte wie folgt gefasst werden:

b) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz angefügt:

„(4) Der Jahresbericht eines inländischen OGAW-Sondervermögens muss zusätzlich zu den Angaben in Absatz 2 folgende Angaben enthalten:

1. [...]
2. die Gesamtsumme der gezahlten Vergütungen, aufgeteilt nach Geschäftsleitern, Mitarbeitern oder anderen Beschäftigten, deren Tätigkeiten einen wesentlichen Einfluss auf das Risikoprofil der Verwaltungsgesellschaft oder der verwalteten Investmentvermögen haben (Risikoträger), Mitarbeiter oder andere Beschäftigte mit Kontrollfunktionen, sowie Mitarbeiter oder andere Beschäftigte, die eine Gesamtvergütung erhalten, auf Grund derer sie sich in derselben Einkommensstufe befinden wie Geschäftsleiter und Risikoträger, ~~sowie anderen Beschäftigten~~;

3. [...]

4. [...]"

Begründung:

Die Nr. 2 des neuen § 101 Abs. 4 dient der Umsetzung von Art. 69 Abs. 3 Buchst. b) der OGAW-Richtlinie. Diese Vorschrift lautet

„b) die Gesamtsumme der gezahlten Vergütungen, aufgegliedert nach den in Artikel 14a Absatz 3 genannten Kategorien von Mitarbeitern oder anderen Beschäftigten;“

U.E. soll der Zusatz „oder anderen Beschäftigten“ hier nur ausdrücken, dass sämtliche in Art. 14a genannten Risikoträger in die Betrachtung einzubeziehen sind, unabhängig von ihrem arbeitsrechtlichen Verhältnis zur KVG. Deutlich wird dies anhand der englischen Fassung des Art. 69 Abs. 3 Buchst. b) (eigene Hervorhebung):

„b) the aggregate amount of remuneration broken down by categories of **employees or other members of staff as referred to in Article 14a (3)**;“

Dies entspricht auch dem Erwägungsgrund 2 der OGAW V-Änderungsrichtlinie, wonach der Mitarbeiterbegriff im Zusammenhang mit Risikoträgern weit auszulegen ist. Art. 69 Abs. 3 Buchst. b) OGAW-Richtlinie sieht nicht vor, dass neben den Vergütungen der verschiedenen Risikoträger-Gruppen auch die Vergütungen für alle sonstigen Beschäftigten der KVG genannt werden sollen. Denn die Offenlegung der insgesamt an alle Beschäftigten gezahlten Vergütungen wird bereits zuvor in Buchst. a) behandelt.

Nr. 58 b) bb) (§ 165 Abs. 3 Nr. 10-neu) sollte wie folgt gefasst werden:

Folgende Nummer 10 wird angefügt:

„10. Hinsichtlich der Vergütungspolitik der KapitalV-Verwaltungsgesellschaft:

a) [...]

b) eine Zusammenfassung der Vergütungspolitik und eine Erklärung darüber, dass die Einzelheiten der aktuellen Vergütungspolitik auf einer Internetseite veröffentlicht sind, wie die Internetseite lautet und dass auf Anfrage kostenlos eine Papierversion der Internetseite zur Verfügung gestellt wird; die Erklärung umfasst auch, dass zu den auf der Internetseite einsehbaren Einzelheiten der aktuellen Vergütungspolitik ~~die eine Beschreibung der~~ Berechnung der Vergütung und der sonstigen Zuwendungen sowie die Identität der für die Zuteilung der Vergütung und sonstigen Zuwendungen zuständigen Personen ~~gehört~~, einschließlich der Zusammensetzung des Vergütungsausschusses, falls es einen solchen Ausschuss gibt.“

Begründung:

Laut der Gesetzesbegründung soll mit dieser Vorschrift Art. 69 Abs. 1 der neu gefassten OGAW-Richtlinie umgesetzt werden. Dieser Artikel fordert lediglich, dass auf einer Website u.a. „eine Beschreibung, wie die Vergütung und die sonstigen Zuwendungen berechnet werden, ...“ zugänglich sein muss. Es wird nicht verlangt, dass die Berechnung selbst dort eingestellt wird, bzw. dass im Verkaufsprospekt darauf hingewiesen wird, dass die Berechnung selbst dort zugänglich sei. Wir gehen davon aus, dass

an dieser Stelle eine 1:1-Umsetzung der OGAW-Richtlinie gewollt ist und es sich um ein redaktionelles Versehen handelt. Dieses Versehen hätte allerdings gravierende Auswirkungen, wenn die KVGs wirklich die Berechnung ihrer Mitarbeitervergütungen offen legen müssten. Wir bitten daher um Korrektur und um Anpassung an den Wortlaut der OGAW-Richtlinie.

Nr. 59 c) (§ 166 Abs. 2 Nr. 6-neu) sollte wie folgt gefasst werden:

Nach Nummer 5 wird folgende Nummer 6 eingefügt:

- „6. eine Erklärung darüber, dass die Einzelheiten der aktuellen Vergütungspolitik auf einer Internetseite veröffentlicht sind, wie die Internetseite lautet und dass auf Anfrage kostenlos eine Papierversion der Internetseite zur Verfügung gestellt wird; die Erklärung umfasst auch, dass zu den auf der Internetseite einsehbaren Einzelheiten der aktuellen Vergütungspolitik ~~die~~**eine Beschreibung der** Berechnung der Vergütung und der sonstigen Zuwendungen sowie die Identität der für die Zuteilung der Vergütung und sonstigen Zuwendungen zuständigen Personen ~~gehört~~**en**, einschließlich der Zusammensetzung des Vergütungsausschusses, falls es einen solchen Ausschuss gibt, und“

Begründung:

Laut der Gesetzesbegründung soll mit dieser Vorschrift Art. 78 Abs. 4 der neu gefassten OGAW-Richtlinie umgesetzt werden. Dieser Artikel fordert lediglich, dass auf einer Website u.a. „eine Beschreibung, wie die Vergütung und die sonstigen Zuwendungen berechnet werden, ...“ zugänglich sein muss. Im Übrigen verweisen wir auf unsere Begründung zu Nr. 58 b) bb).

Nr. 60 (§ 191) sollte wie folgt gefasst werden:

§ 191 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 2 ~~wird die werden nach der~~ Angabe „, 186, 189 und“ ~~durch das Wort „bis“ ersetzt. 190“ die Wörter „sowie die Artikel 40 bis 42, 45 und 46 der Richtlinie 2009/65/EG“ ergänzt.~~
- b) [...]

Begründung:

Die Vorschrift regelt die Verschmelzung von EU-OGAW auf eine OGAW-InvAG oder deren Teilgesellschaftsvermögen. Die Gesetzesbegründung führt aus, dass in diesen Fällen zwar die Aufsichtsbehörde des EU-OGAW für Prüfung und Genehmigung der Verschmelzung zuständig sei. Dennoch solle auf bestimmte Vorschriften aus dem deutschen KAGB verwiesen werden, weil diese die OGAW-Richtlinie umsetzen und damit ihr Inhalt unabhängig von der Zuständigkeitsverteilung auch bei dieser Art von Verschmelzungen beachtet werden müsse.

Da eine ausländische Aufsichtsbehörde jedoch nicht an das KAGB gebunden ist, schlagen wir vor, stattdessen auf die entsprechenden Artikel der OGAW-Richtlinie zu verweisen. Damit wird der Eindruck vermieden, dass der Verschmelzungsvorgang insgesamt deutschem Recht unterliegt.

Nr. 61 (§ 261) sollte wie folgt gefasst werden:

In § 261 Absatz 4 werden die Wörter „Wertes dieses AIF“ durch die Wörter „aggregierten eingebrachten Kapitals und noch nicht eingeforderten zugesagten Kapitals dieses AIF, ~~berechnet auf der Grundlage der Beträge, die nach Abzug sämtlicher direkt oder indirekt von den Anlegern getragenen Gebühren, Kosten und Aufwendungen für Anlagen zur Verfügung stehen,~~“ ersetzt.

Begründung:

Die Vorschrift regelt den Bezugspunkt für die Berechnung des Währungsrisikos, das ein geschlossener Publikums-AIF eingehen darf. Grundsätzlich begrüßen wir die Änderung des Bezugspunkts, da dieser die Überwachung der Grenze in der Praxis deutlich vereinfacht. Der Bezugspunkt entspricht im Wesentlichen der Definition des Begriffs „Kapital“ in Verordnung (EU) 2015/760 („ELTIF-VO“, dort Art. 2 Nr. 1), er geht jedoch über das in der Begründung des Entwurfs genannte Vorbild der Verordnungen (EU) Nr. 345/2013 („EuVECA-VO“, dort Art. 3 (1) e ii)) sowie (EU) 346/2013 („EuSEF-VO“, dort Art. 3 (1) e iii)) hinaus. In diesen werden praxisgerecht nicht sämtliche direkt oder indirekt von den Anlegern getragenen Gebühren, Kosten und Aufwendungen zum Abzug gebracht, da einige dieser Gebühren, Kosten und Aufwendungen dem Grunde bzw. ihrer Höhe nach im Voraus kaum oder gar nicht zu bestimmen sind. Hierzu zählen etwa Aufwendungen für in der Zukunft erforderlich werdende Instandsetzungsarbeiten an von dem geschlossenen Publikums-AIF gehaltenen Sachwerten, aber z.B. auch für die laufende Verwaltungsvergütung der KVG, die vom Nettoinventarwert des AIF abhängt. Daher sollte sich der Gesetzgeber an den Vorgaben der EuVECA- und EuSEF-VO orientieren. Um der mit der Neuregelung verfolgten Intention des Gesetzgebers, den Verwaltungsaufwand bei geschlossenen Publikums-AIF zu verringern (vgl. Begr. RefE zu § 263 Abs. 1 KAGB-E, S. 71), gerecht zu werden, sollte der Abzugsposten gestrichen werden.

Nr. 61a – Neu:

Nach § 261 wird folgender § 261a eingefügt:

„Die AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft darf für einen geschlossenen inländischen Publikums-AIF im Rahmen der kollektiven Vermögensverwaltung Gelddarlehen nur gewähren, wenn die Darlehensvergabe an ein Unternehmen erfolgt, an dem der geschlossene inländische Publikums-AIF beteiligt ist.“

Begründung:

Geschlossene Publikums-AIF müssen Darlehen an die Gesellschaften vergeben können, an denen sie beteiligt sind. Für die Einzelheiten verweisen wir auf die Ausführungen oben zu Nummer 11. Die KVG sollte zudem Darlehen auch an Gesellschaften im Zuge des Erwerbs einer Beteiligung an diesen vergeben dürfen. Dies ist im Rahmen der Vergabe von Gesellschafterdarlehen bei offenen Immobilienfonds (§ 240 KAGB) möglich und sollte daher auch bei geschlossenen Fonds erlaubt sein.

Nr. 62 a) (§ 262 Abs. 1) sollte wie folgt gefasst werden:

§ 262 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 werden die Wörter „Wert des gesamten AIF“ durch die Wörter „aggregierten eingebrachten Kapital und noch nicht eingeforderten zugesagten Kapital des AIF, ~~berechnet auf der Grundlage der Beträge, die nach Abzug sämtlicher direkt oder indirekt von den Anlegern getragenen Gebühren, Kosten und Aufwendungen für Anlagen zur Verfügung stehen,~~“ ersetzt.

Begründung:

Die Vorschrift regelt den Bezugspunkt für die Vorgaben der Risikomischung eines geschlossenen Publikums-AIF. Der Bezugspunkt sollte jedoch dem in der Begründung des Entwurfs u.a. genannte Vorbild der EuVECA-VO und EuSEF-VO praxisgerecht ohne Abzug sämtlicher direkt oder indirekt von den Anlegern getragenen Gebühren, Kosten und Aufwendungen definiert werden. Für die Einzelheiten verweisen wir auf die Ausführungen oben zu Nummer 61.

Nr. 63 (§ 263) sollte wie folgt gefasst werden:

In § 263 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 4 werden die Wörter „60 Prozent des Verkehrswertes der im geschlossenen Publikums-AIF befindlichen Vermögensgegenstände“ jeweils durch die Wörter „150 Prozent des aggregierten eingebrachten Kapitals und noch nicht eingeforderten zugesagten Kapitals des geschlossenen Publikums-AIF, ~~berechnet auf der Grundlage der Beträge, die nach Abzug sämtlicher direkt oder indirekt von den Anlegern getragenen Gebühren, Kosten und Aufwendungen für Anlagen zur Verfügung stehen~~“ ersetzt.

Begründung:

Die Vorschrift regelt den Bezugspunkt für die Berechnung der Kreditaufnahmegrenze eines geschlossenen Publikums-AIF. Der Bezugspunkt sollte jedoch dem in der Begründung des Entwurfs u.a. genannte Vorbild der EuVECA-VO und EuSEF-VO praxisgerecht ohne Abzug sämtlicher direkt oder indirekt von den Anlegern getragenen Gebühren, Kosten und Aufwendungen definiert werden. Für die Einzelheiten verweisen wir auf die Ausführungen oben zu Nummer 61.

Nr. 66 (§ 282 Absatz 2) und Nr. 67 (§ 284 Absatz 2) sollten ersatzlos gestrichen werden.

Begründung:

Die geplante Anlagegrenze in Höhe von 50 Prozent des Fondsvermögens für in offenen Spezialfonds gehaltene unverbriefte Darlehensforderungen ist sachlich nicht gerechtfertigt. Der unbeschränkte Erwerb von unverbrieften Darlehensforderungen durch Spezialfonds wurde erst Ende 2007 mit Inkrafttreten des Investmentänderungsgesetzes zugelassen. Der Gesetzgeber reagierte damals auf das wachsende Bedürfnis institutioneller Anleger nach zugleich risikodiversifizierten und renditeträchtigen Anlagen. Gerade im derzeitigen Niedrigzinsumfeld eröffnen reine Darlehensfonds, die bis zu 100 Prozent in unverbriefte Darlehen investiert sind, institutionellen Anlegern den Zugang zu langfristigen und renditeträchtigen Anlageklassen wie beispielsweise „Senior Secured Loans“ oder Infrastrukturdarlehen, für die eine eigene Expertise fehlt. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, weshalb diese Anlagemöglichkeit beschnitten werden soll. Insbesondere rechtfertigt die im Vergleich zu Wertpapieren geringere Liquidität von unverbrieften Darlehensforderungen die geplante Anlagegrenze nicht. Wie sich an den Regelungen für den offenen Immobilien-Publikumsfonds zeigt, geht der Gesetzgeber grundsätzlich davon aus, dass aufgrund illiquider Vermögensgegenstände zu befürchtende Fristenkongruenzen durch Mechanismen zur Liquiditätssteuerung wirksam aufgefangen werden können, ohne dass es einer quotalen Beschränkung solcher Investitionen Bedarf. Vergleichbare Maßnahmen wären gegenüber der geplanten Anlagegrenze vorzuziehen.

Nr. 68 b) (§ 285 Absätze 2 und 3) sollte wie folgt gefasst werden:

b) Die folgenden Absätze 2 und 3 werden angefügt:

„(2) Die AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft darf für Rechnung eines geschlossenen Spezial-AIF Gelddarlehen nur unter den folgenden Bedingungen gewähren:

1. für den geschlossenen Spezial-AIF werden Kredite **zur Finanzierung von Gelddarlehen** nur bis zur Höhe von 30 Prozent des aggregierten eingebrachten Kapitals und noch nicht eingeforderten zugesagten Kapitals aufgenommen, ~~berechnet auf der Grundlage der Beträge, die nach Abzug sämtlicher direkt oder indirekt von den Anlegern getragenen Gebühren, Kosten und Aufwendungen für Anlagen zur Verfügung stehen~~; die von Gesellschaften, an denen der geschlossenen Spezial-AIF beteiligt ist, aufgenommenen Kredite sind bei der Berechnung der in Satz 1 genannten Grenze entsprechend der Beteiligungshöhe des geschlossenen Spezial-AIF zu berücksichtigen;
2. [...]
3. [...]
4. ~~an einen Darlehensnehmer werden Gelddarlehen nur bis zur Höhe von insgesamt 20 Prozent des aggregierten eingebrachten Kapitals und noch nicht eingeforderten zugesagten Kapitals des geschlossenen Spezial-AIF vergeben, berechnet auf der Grundlage der Beträge, die nach Abzug sämtlicher direkt oder indirekt von den Anlegern getragenen Gebühren, Kosten und Aufwendungen für Anlagen zur Verfügung stehen.“~~

Begründung:

Der Entwurf sieht bislang vor, dass die AIF-KVG für Rechnung des geschlossenen Spezial-AIF Gelddarlehen nur vergeben darf, wenn sie für den geschlossenen Spezial-AIF maximal Kredite bis zur Höhe von 30 Prozent des aggregierten eingebrachten und noch nicht eingeforderten zugesagten Kapitals aufnimmt und an einen Darlehensnehmer nur bis zur Höhe von insgesamt 20 Prozent dieses Kapitals vergeben werden. Nach geltendem Recht bestehen für einen geschlossenen Spezial-AIF weder Regelungen zur Risikodiversifizierung noch Regelungen zur Begrenzung des Leverage mit Ausnahme einer Begrenzung durch die BaFin, wenn dies zur Gewährleistung der Stabilität und Integrität des Finanzsystems notwendig ist (§§ 274, 215 Abs. 2 KAGB). Die neuen Vorgaben für kreditvergebende geschlossene Spezial-AIF schränken diesen Grundsatz erheblich ein:

- Die Beschränkung der Kreditaufnahme auf 30 Prozent soll nach der Begründung exzessives Kreditwachstum vermeiden. Hierfür ist jedoch ausreichend, dass Kreditaufnahmen des geschlossenen Spezial-AIF nicht insgesamt beschränkt sind, sondern nur, soweit die Aufnahme von Krediten dem Zweck der Vergabe von Darlehen dient. Für einen geschlossenen Spezial-AIF, der über die Darlehensgewährung hinaus in Vermögenswerte investiert und hierfür zur Finanzierung einen Kredit aufnimmt, sollte die Leverage-Begrenzung weiterhin nicht gelten, soweit die Investition keine zu vergebenden Darlehen betrifft. Die Bezugnahme auf die ELTIF-VO geht an dieser Stelle fehl, da der ELTIF auch an Privatanleger vertrieben werden kann. Eine Beschränkung des Leverage insgesamt ist bei geschlossenen Publikumsprodukten nachvollziehbar, bei geschlossenen Spezial-AIF jedoch nicht. Die Formulierung ist entsprechend anzupassen.
- Die Vorgabe einer Anlagegrenze von 20 Prozent des aggregierten eingebrachten und noch nicht eingeforderten zugesagten Kapitals sieht erstmalig eine Risikodiversifizierung eines geschlossenen Spezial-AIF vor. Die Regelung stellt damit einen Systembruch dar, der nicht näher begründet wird. Bei Erlass des KAGB ging der Gesetzgeber davon aus, dass der geschlossene Spezial-AIF im

Rahmen der Anlagebedingungen frei sein soll. Beschränkungen des AIF hinsichtlich seiner Investitions- und Anlagetätigkeit waren bislang nicht gewollt. Der Hinweis, dass die Diversifizierung einen Ausfall durch Vergabe eines Darlehens verhindern soll, lässt sich ebenso auf die Investition in Anlagegegenstände übertragen. Eine gesonderte Rechtfertigung für die Kreditvergabe lässt sich hieraus nicht herleiten. Die Anlagegrenze ist daher insgesamt zu streichen.

Der Bezugspunkt für die Berechnung von Kreditaufnahme- oder Anlagegrenzen eines geschlossenen AIF sollte entsprechend dem in der Begründung des Entwurfs u.a. genannte Vorbild der EuVECA-VO und EuSEF-VO praxisgerecht ohne Abzug sämtlicher direkt oder indirekt von den Anlegern getragenen Gebühren, Kosten und Aufwendungen definiert werden. Für die Einzelheiten verweisen wir auf die Ausführungen oben zu Nummer 61.

„(3) Absatz 2 Nummer 1 und 4 gilt nicht, wenn die Darlehensvergabe an ein Unternehmen erfolgt, an dem der geschlossene Spezial-AIF ~~bereits~~ beteiligt ist, ~~sofern~~

1. ~~die dem Unternehmen gewährten Darlehen die Anschaffungskosten der an dem Unternehmen gehaltenen Beteiligungen nicht überschreiten und~~
2. ~~höchstens 30 Prozent des aggregierten eingebrachten Kapitals und noch nicht eingeforderten zugesagten Kapitals des geschlossenen Spezial-AIF für diese Darlehen verwendet werden, berechnet auf der Grundlage der Beträge, die nach Abzug sämtlicher direkt oder indirekt von den Anlegern getragenen Gebühren, Kosten und Aufwendungen für Anlagen zur Verfügung stehen.“~~

Begründung:

Die Regelung sieht bislang vor, dass geschlossene Spezial-AIF Gesellschafterdarlehen in Höhe von bis zu 30 Prozent des aggregierten eingebrachten Kapitals und des noch nicht eingeforderten Kapitals vergeben dürfen, wenn die gewährten Darlehen die Anschaffungskosten der an den Unternehmen bereits gehaltenen Beteiligungen nicht überschreiten. Geschlossene Spezial-AIF müssen jedoch unbegrenzt Gesellschafterdarlehen an die Gesellschaften vergeben können, an denen sie beteiligt sind. Eine Begrenzung dieser Darlehensvergabe auf Anschaffungskosten oder in Höhe von 30 Prozent des aggregierten eingebrachten und noch nicht eingeforderten zugesagten Kapitals ist weder aus Anleger-schutzgesichtspunkten geboten noch wirtschaftlich zielführend. Für die Einzelheiten verweisen wir zunächst auf die Begründung zu Nummer 11. Bei geschlossenen Spezial-AIF würde die Festlegung einer Maximalgrenze zudem aller Voraussicht nach zu einer Kapitalflucht in andere Jurisdiktionen der EU bzw. des EWR führen, da ein Vertrieb geschlossener Spezial-AIF ohne eine solche Beschränkung ungeachtet strengerer Produktvorgaben des KAGB auf Basis eines EU-Passes möglich ist. Nach der Vorgabe, dass die KVG Darlehen nur an Gesellschaften vergeben darf, an denen der AIF bereits eine Beteiligung hält, ist überdies zweifelhaft, ob eine Darlehensvergabe im Zuge des Erwerbs möglich ist. Dies ist im Rahmen der Vergabe von Gesellschafterdarlehen bei offenen Immobilienfonds (§ 240 KAGB) möglich und sollte daher auch bei geschlossenen Fonds erlaubt sein.

Die Begrenzung auf Anschaffungskosten wird zudem den Anforderungen der Praxis nicht gerecht. Denn dies würde verhindern, dass der AIF für den Erwerb von Vermögensgegenständen eine Zweckgesellschaft gründet oder eine Vorratsgesellschaft für typischerweise nur einige tausend Euro erwirbt, damit diese – auch im Wege der Finanzierung über Gesellschafterdarlehen – Vermögensgegenstände für den Fonds erwirbt. Denn bei neu gegründeten Zweckgesellschaften oder Vorratsgesellschaften fallen die Anschaffungskosten üblicherweise sehr gering aus. Die Begründung mit der Gefahr einer Umgehung des Ausnahmetatbestandes ist nicht nachvollziehbar. Denn maßgeblich für die Ausnahme ist die Beteiligung des AIF an der Gesellschaft. Die KVG wird sich für den AIF jedoch nur an Gesellschaften beteiligen, deren Erwerb Teil der Anlagestrategie ist.

Nr. 82 (§ 340 Abs. 2) – Generelle Anmerkung:

Die Bußgeldvorschriften in § 340 KAGB sollten weiterhin zwischen Vorsatz, Leichtfertigkeit und Fahrlässigkeit unterscheiden und nicht, wie vorgeschlagen, nur noch zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Begründung:

Zunächst möchten wir an dieser Stelle betonen, dass wir uns nicht gegen Sanktionen aussprechen. Verstöße gegen gesetzliche Vorgaben müssen im Interesse eines funktionierenden Finanzmarktes geahndet und beseitigt werden. Bereits aufgrund der bestehenden gesetzlichen Vorgaben stehen hierfür vielfältige Mittel zur Verfügung, mit denen Verstöße angemessen geahndet werden können.

Der Referentenentwurf sieht vor, die bisherige Differenzierung der bußgeldbewehrten Ordnungswidrigkeiten zwischen Vorsatz, Leichtfertigkeit und Fahrlässigkeit aufzugeben und die Begehungsweise auf Vorsatz und Fahrlässigkeit zu beschränken. Dies hat zur Folge, dass bislang nur bei leichtfertiger Begehung (d. h. erst infolge grober Fahrlässigkeit) relevante Verstöße künftig bereits bei (einfacher) Fahrlässigkeit sanktioniert werden sollen. Dies führt zu einer erheblichen Ausweitung der sanktionsrechtlichen Risiken für KVGs und der für sie handelnden Personen. Der Referentenentwurf begründet dies damit, dass die Abgrenzung zwischen Leichtfertigkeit und Fahrlässigkeit oft schwierig sei. Hierfür fehlen jedwede empirischen Belege und Nachweise. Vielmehr existiert umfangreiche höchstrichterliche Rechtsprechung, wie Leichtfertigkeit und Fahrlässigkeit voneinander abzugrenzen sind. Im Einzelfall mag dies in der Tat zu Schwierigkeiten führen. Dies darf aber kein Kriterium dafür sein, den Haftungsmaßstab pauschal und ohne weitere Ausführungen für sämtliche bislang infolge leichtfertigen Handelns begangenen Verstöße höher zu setzen.

Der bestehende Sanktionsmechanismus aufgrund vorsätzlichen, leichtfertigen und fahrlässigen Handelns ist auch nicht mit den Vorgaben der OGAW-Richtlinie inkompatibel, wie dies in der Begründung zum Referentenentwurf behauptet wird. Denn die OGAW-Richtlinie gibt nur vor, welche Verstöße geahndet werden sollen und welche Rechtsfolgen sich daran anknüpfen (z. B. Unterlassungsanordnung, Entzug der Erlaubnis, Geldbußen etc.). Im Übrigen verlangt die OGAW-Richtlinie, dass die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen, wobei unter anderem der Grad an Verantwortung der für den Verstoß verantwortlichen Person maßgeblich berücksichtigt werden soll (vgl. Art. 99c Abs. 1 a und b OGAW-Richtlinie). Damit eröffnet die OGAW-Richtlinie für die nationalen Mitgliedsstaaten einen Ermessensspielraum, welcher Grad an Verantwortung an die Verwirklichung eines zu sanktionierenden Verstoßes angesetzt werden soll. Eine Verpflichtung, die bislang bewährte Unterscheidung zwischen Fahrlässigkeit und Leichtfertigkeit aufzugeben, lässt sich daraus nicht ableiten.

Darüber hinaus ist es im Vergleich mit Sanktionen für andere Finanzmarktteilnehmer äußerst bedenklich, für KVGs höhere Risiken an die Verwirklichung von Bußgeldtatbeständen schaffen. Insbesondere sehen die aufsichtsrechtlichen Gesetze wie beispielsweise das Wertpapierhandelsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz und das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz Bußgeldtatbestände vor, die zwischen Vorsatz, Leichtfertigkeit und Fahrlässigkeit unterscheiden. Sollte es daher einen gesetzgeberischen Willen geben, die Differenzierung zwischen Leichtfertigkeit und Fahrlässigkeit bei Ordnungswidrigkeiten generell aufzuheben, bedarf es einer grundlegenden Überarbeitung sämtlicher Bußgeldtatbestände im Kapitalmarktrecht und darf nicht nur auf KVGs beschränkt sein. Das OGAW V-Umsetzungsgesetz sehen wir für diese grundsätzliche Frage nicht als geeignetes Gesetzgebungsverfahren an.

In Nr. 82 b) ist der in § 340 Abs. 2 Nr. 40 neu vorgeschlagene Bußgeldtatbestand ersatzlos zu streichen.

Begründung:

§ 340 Abs. 2 Nr. 40 soll bußgeldbewehrt sein, wenn Verkaufsprospekte oder die wesentlichen Anlegerinformationen nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig bei der BaFin eingereicht oder zur Verfügung gestellt werden. Gemäß der Begründung zum Referentenentwurf soll dies der Umsetzung von Art. 99a Buchstabe r) der OGAW-Richtlinie i.V.m. Art. 74 und 82 dienen. Die dort genannten Sanktionen zielen jedoch allein darauf ab, dass eine Verwaltungsgesellschaft ihren Pflichten zur Unterrichtung der Anleger wiederholt nicht nachkommt. Diese Sanktionen sind in dem Bußgeldkatalog jedoch bereits separat erfasst (vgl. § 340 Abs. 2 Nr. 38 und 39 KAGB-neu). Der neu vorgeschlagene Verstoß lässt sich hingegen nicht aus der OGAW-Richtlinie ableiten und ist daher im Interesse einer einheitlichen EU-Sanktionsregelung zu streichen.

Nr. 82 d) (§ 340 Abs. 3a) ist ersatzlos zu streichen.

Begründung:

Der Bußgeldtatbestand für Verstöße gegen die EU-Ratingverordnung (Verordnung (EG) Nr. 1060/2009) in § 340 Abs. 3a KAGB soll künftig nur noch zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit unterscheiden. Diese Bußgeldvorschrift wurde erst im Dezember 2014 durch das Gesetz zur Verringerung der Abhängigkeit von Ratings im KAGB eingeführt. Die neu vorgeschlagene Beschränkung auf Vorsatz und Fahrlässigkeit stellt im Vergleich mit den Parallelvorschriften für Institute in § 56 Abs. 4b KWG und Versicherer in § 145 Abs. 2 VAG, die ebenfalls mit dem Gesetz zur Verringerung der Abhängigkeit von Ratings eingeführt wurden, eine wesentliche Benachteiligung von KVGs dar. Während Institute und Versicherer nur bei leichtfertigen Verstößen gegen die Vorgaben der EU-Ratingverordnung (d. h. nur bei grober Fahrlässigkeit) bußgeldbewehrt sein sollen, sollen KVGs bereits infolge einfacher Fahrlässigkeit ordnungswidrig handeln. Ein einheitlicher Sanktionsmechanismus für Verstöße gegen identische rechtliche Pflichten von unterschiedlichen Finanzmarktteilnehmern muss zwingend gewahrt bleiben. § 340 Abs. 3a KAGB muss daher weiterhin nur bei vorsätzlichen und leichtfertigen Verstößen bußgeldbewehrt bleiben.

Nr. 82 f) (§ 340 Abs. 7-neu) sollte wie folgt gefasst werden:

Der bisherige Absatz 6 wird Absatz 7 und wird wie folgt gefasst:

„(7) Die Ordnungswidrigkeit kann wie folgt geahndet werden:

1. In den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1, 4 und 5, des Absatzes 2 Nummer 1, 3 bis 7, 9, 10, 13, 14, 25 bis 30, 33 bis 35, 76, 77, 81 und bei einer wiederholten Vornahme einer der in Absatz 1 Nummer 2 und 3 oder in Absatz 2 Nummer 24, 31, 32, 37, 38, 40, 41, 49, 50 bis 63, 65, 72, 73, 78 und 79 aufgeführten Handlungen mit einer Geldbuße bis zu fünf Millionen Euro; gegenüber einer juristischen Person oder einer Personenvereinigung kann ~~über Satz 1 hinaus~~ **alternativ** eine Geldbuße in Höhe bis zu zehn Prozent des jährlichen Gesamtumsatzes verhängt werden;
2. in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2 und 3, des Absatzes 2 Nummer 2, 8, 11, 12, 15 bis 24, 31, 32, 37, 38, 40, 41, 43 bis 46, 49 bis 62, 63 bis 67, 70 bis 73 und 78, des Absatzes 4 Nummer 3, 4 und 7, des Absatzes 5 Nummer 3, 4 und 7 und des Absatzes 6 Nummer 5, 11 und 13 mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro; gegenüber einer juristischen Person oder einer Personenvereinigung kann ~~über Satz 1 hin-~~

~~aus~~ **alternativ** eine Geldbuße in Höhe bis zu zwei Prozent des jährlichen Gesamtumsatzes verhängt werden;

3. in den übrigen Fällen der Absätze 2 bis 6 mit einer Geldbuße bis zu zweihunderttausend Euro.

~~Über die~~ **Alternativ zu den** in Satz 1 genannten Beträgen ~~hinaus~~ kann die Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zur Höhe des Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen wirtschaftlichen Vorteils geahndet werden, **soweit sich dieser beziffern lässt**. Der wirtschaftliche Vorteil umfasst auch vermiedene wirtschaftliche Nachteile ~~und kann geschätzt werden.~~

Begründung:

In Art. 99 Abs. 6 OGAW-Richtlinie, der mit dieser Vorschrift umgesetzt werden soll, sind drei alternative Bemessungsmöglichkeiten für Geldbußen genannt. Für natürliche Personen ist eine betragsmäßige Obergrenze von mindestens 5 Mio. Euro genannt. Für juristische Personen können die nationalen Gesetzgeber alternativ eine Obergrenze von 10 Prozent des jährlichen Gesamtumsatzes vorsehen oder – ebenfalls alternativ zu den beiden schon genannten Varianten – eine Obergrenze von mindestens dem Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens. Der neue § 340 Abs. 7 soll diese Wahlmöglichkeiten in nationales Recht übertragen. Die momentane Formulierung besagt u.E. aber, dass Bußgeldbeträge, die nach allen drei Methoden berechnet werden, auch kumuliert verhängt werden können. Ausweislich der Gesetzesbegründung ist dieses Verständnis jedoch nicht beabsichtigt. Wir schlagen daher vor, den Wortlaut zu ändern, um Missverständnisse auszuschließen.

Bezüglich des aus einem Verstoß gezogenen Nutzens führt Art. 99 Abs. 6 Buchst. g) der OGAW-Richtlinie aus, dass er nur dann als Berechnungsmaß für Geldbußen herangezogen werden soll, wenn er sich beziffern lässt. Dem widerspräche es, wenn das KAGB eine Schätzmöglichkeit für die BaFin vorsähe.

Nr. 83 (§ 341a-neu) sollte wie folgt gefasst werden:

Nach § 341 wird folgender § 341a eingefügt:

„§ 341a Bekanntmachung von bestandskräftigen Maßnahmen und unanfechtbar gewordenen Bußgeldentscheidungen

(1) Bestandskräftige Maßnahmen und unanfechtbar gewordene Bußgeldentscheidungen der Bundesanstalt nach diesem Gesetz

1. [...] hat die Bundesanstalt und
2. [...] kann die Bundesanstalt

auf ihrer Internetseite bekanntmachen, **nachdem die Person, gegen die die Sanktion oder Maßnahme verhängt wurde, über diese Entscheidung unterrichtet wurde**. In der Bekanntmachung sind Art und Charakter des Verstoßes und die für den Verstoß verantwortlichen natürlichen Personen und juristischen Personen oder Personenvereinigungen zu benennen.

(2) Die Bekanntmachung nach Absatz 1 hat auf anonymisierter Basis zu erfolgen, **wenn diese einen wirksamen Schutz der personenbezogenen Daten gewährleistet**, oder ist solange aufzuschieben, bis die Gründe für die Nichtbekanntmachung entfallen sind, wenn

1. [...]

2. [...]

~~3. die Bekanntmachung laufende Ermittlungen gefährden würde.~~

[...].

(3) Eine Bekanntmachung darf nicht erfolgen, wenn

1. die Maßnahmen nach Absatz 2 nicht ausreichend sind, um eine Gefährdung der Finanzmarktstabilität auszuschließen oder die Verhältnismäßigkeit der Bekanntmachung in Ansehung des Verstoßes sicherzustellen;
2. mit den Entscheidungen der Bundesanstalt Maßnahmen mit Ermittlungscharakter verhängt werden oder
3. sich diese bei bestandskräftigen Maßnahmen und unanfechtbar gewordenen Bußgeldentscheidungen gemäß Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 nachteilig auf die Interessen der Anleger von Spezial-AIF auswirkt.

(4) [...]

(5) [...].“

Begründung:

In Absatz 1 Satz 1 ist ein Nachsatz einzufügen, dass die bestandskräftige Maßnahme bzw. unanfechtbar gewordenen Bußgeldentscheidung auf der Internetseite der BaFin erst nach Information der betreffenden Person veröffentlicht werden darf. Dies dient der 1:1-Umsetzung von Art. 99 b Abs. 1 Satz 1 OGAW-Richtlinie.

Der vorgeschlagene Zusatz in Absatz 2, wonach eine anonymisierte Bekanntmachung nur bei Gewährleistung eines wirksamen Schutzes der personenbezogenen Daten erfolgen darf, dient der 1:1-Umsetzung von Art. 99b Abs. 1 b) OGAW-Richtlinie.

Zudem ist der Katalog der Ausnahmevorschriften von der Bekanntmachungspflicht in Absatz 3 im Sinne einer 1:1-Umsetzung an die Vorgaben der OGAW- und AIFM-Richtlinie anzupassen und für folgende Sachverhalte zu erweitern:

- Art. 99b Abs. 1 Satz 3 OGAW-Richtlinie sieht eine explizite Ausnahme von der Bekanntmachungspflicht für Entscheidungen vor, mit denen Maßnahmen mit Ermittlungscharakter verhängt werden (d. h. Maßnahmen, die strafrechtlich verfolgt werden). Die in Absatz 2 Nr. 3 vorgeschlagene Regelung, dass die Bekanntmachung laufende Ermittlungen gefährden könnte, genügt dieser Anforderung nicht. Denn Absatz 2 erlaubt grundsätzlich eine anonymisierte bzw. zeitverzögerte Bekanntmachung, wenn die einzelnen dort aufgezählten Gründe (d. h. die Gefährdung laufender Ermittlungen durch die Bekanntmachung) entfallen sind. Damit steht die vorgeschlagene Regelung in Absatz 2 Nr. 3 im Widerspruch zu der generellen Ausnahme von der Bekanntmachungspflicht für Entscheidungen mit Ermittlungscharakter gemäß den Vorgaben der OGAW-Richtlinie. Infolge dessen ist die Regelung in Abs. 2 Nr. 3 zu streichen und in die allgemeine Ausnahmeregelung von der Bekanntmachungspflicht in Absatz 3 zu überführen.

- Art. 48 Abs. 2 AIFM-Richtlinie enthält eine Ausnahme von der Bekanntmachungspflicht, wenn die Interessen der Anleger von AIF nicht beeinträchtigt werden. Diese ist bereits in der bisherigen Regelung in § 5 Abs. 7 KAGB als Ausnahme umgesetzt und sollte im Sinne einer 1:1-Umsetzung der Vorgaben der AIFM-Richtlinie auch weiterhin als Ausnahme zumindest für Anleger von Spezial-AIF bestehen bleiben.

Die von uns vorgeschlagene Aufgliederung der Ausnahmetatbestände in drei Unterpunkte in Absatz 3 dient der Übersichtlichkeit.

Nr. 84 (§ 343 Absätze 7 und 8-neu) sollte wie folgt gefasst werden:

Dem § 343 werden die folgenden Absätze 7 und 8 angefügt:

„(7) [...]“

(8) Die Anlagebedingungen, die wesentlichen Anlegerinformationen und der Verkaufsprospekt der Publikums-AIF sind spätestens zum 18. ~~September 2016~~ März 2017 an die ab dem 18. März 2016 geltende Fassung dieses Gesetzes anzupassen. ~~Der Antrag auf Genehmigung der geänderten Anlagebedingungen darf neben redaktionellen nur solche Änderungen der Anlagebedingungen enthalten, die für eine Anpassung an die Anforderungen der ab dem 18. März 2016 geltenden Fassung dieses Gesetzes erforderlich sind. § 163 gilt mit der Maßgabe, dass die in § 163 Absatz 2 Satz 1 genannte Frist drei Monate beträgt.~~ § 163 Absatz 3 und 4 Satz 2 bis 5 ist nicht anzuwenden.“

Begründung:

Die Übertragung von Vorgaben der OGAW-Richtlinie auf deutsche Publikums-AIF stellt nationales Gold Plating dar. Folglich gibt das EU-Recht keine Fristen für die Umsetzung vor.

Die deutsche Investmentbranche war bereits 2013/2014 einem regelrechten Umstellungsmarathon ausgesetzt, da sämtliche Nicht-OGAW-Fonds binnen extrem kurzer Zeit an die Vorgaben der AIFM-Richtlinie bzw. des KAGB angepasst werden mussten. Die Anpassung der OGAW-Fonds an das hier vorliegende Gesetz wird wieder in einem äußerst engen Zeitfenster erfolgen müssen, da zwischen der Verkündung und dem 18. März 2016 voraussichtlich nur etwa drei Monate liegen werden. Vor diesem Hintergrund scheint es unangemessen, dass das Bundesfinanzministerium ohne europarechtlichen Zwang die zusätzliche Anpassung der Publikums-AIF bereits binnen des folgenden halben Jahres, bis zum 18. September 2016, vorsehen möchte. Hinzu kommt, dass die Prüffrist der BaFin für die Genehmigung von geänderten Anlagebedingungen von vier Wochen auf drei Monate verlängert werden soll. Um den Termin 18. September 2016 sicher einzuhalten, müssten die KVGs also die geänderten Anlagebedingungen spätestens im Juni 2016 einreichen. Wenn man einkalkuliert, dass die Prüffrist bei Nachfragen oder Nachforderung von Dokumenten durch die BaFin erneut zu laufen beginnt, müssten die Umstellungsanträge für Publikums-AIF vorsorglich sogar schon am 18. März 2016 eingereicht werden. Das bedeutet, dass in der kurzen Zeit zwischen Verkündung des Gesetzes und dem 18. März 2016 nicht nur die Umstellung aller OGAW-Fonds organisiert, sondern auch die Umstellung der Publikums-AIF antragsreif vorbereitet werden müsste.

Wir regen daher dringend an, die Umstellungsfrist für Publikums-AIF bis zum März 2017 zu verlängern, und die Prüffrist der BaFin bei den üblichen vier Wochen zu belassen. Mit einer entzerrten Umstellungsfrist dürfte dies auch für die BaFin akzeptabel sein. Außerdem sollte die Möglichkeit bestehen, bei Gelegenheit der Anpassung an dieses Gesetz auch andere, nicht nur redaktionelle Änderungen an den Anlagebedingungen vorzunehmen. Es erhöht den Arbeitsaufwand sowohl bei den KVGs als auch bei

der BaFin, wenn ohnehin geplante Änderungen nicht zusammen mit der Umstellung auf das neue KAGB erfolgen dürfen, sondern in einem zweiten Genehmigungsverfahren getrennt bearbeitet werden müssen. Auch für die Anleger dürfte es übersichtlicher sein, wenn alle anstehenden Änderungen zusammen abgearbeitet und bekannt gemacht werden.

Nr. 85 (§ 343): Übergangsvorschrift zu den Anlagegrenzen für den Erwerb unverbriefter Darlehensforderungen durch offene Spezial-AIF

Sofern unsere Vorschläge zu Nr. 66 und 67 keine Berücksichtigung finden, begrüßen wir die unter **Nr. 85** enthaltene Übergangsvorschrift zu den Anlagegrenzen für den Erwerb unverbriefter Darlehensforderungen durch offene Spezial-AIF als eine sachgerechte Regelung zum Schutz bestehender Geschäftsmodelle.

Nr. 86 (§ 353a-neu) sollte wie folgt gefasst werden:

Nach § 353 wird folgender § 353a eingefügt:

„§ 353a Übergangsvorschrift zu den §§ 261, 262 und 263

„Auf geschlossene inländische Publikums-AIF, die vor dem 18. März 2016 aufgelegt wurden, sind die §§ 261 Absatz 4, § 262 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und § 263 Absatz 1 und 4 in der bis zum 17. März 2016 geltenden Fassung anzuwenden. **Dies gilt nicht für geschlossene inländische Publikums-AIF, die ihre Anlagebedingungen an die ab dem 17. März 2016 geltende Fassung der §§ 261 Absatz 4, § 262 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und § 263 Absatz 1 und 4 anpassen.**“

Begründung:

Die Änderungen der Bezugsgrößen von Kreditaufnahmegrenze, der Grenze für das Währungsrisiko sowie des Grundsatzes der Risikomischung begrüßen wir. Diese wird der Struktur geschlossener Fonds besser gerecht. Denn für die Kreditaufnahme etwa kommt es nicht mehr darauf an, dass der Fonds das zugesagte Kapital tatsächlich abgerufen und bereits investiert hat. Vielmehr stellt die Bezugsgröße nun praxisgerecht auf das Kapital ab, dass dem Fonds für Investitionen letztlich zur Verfügung stehen wird. Wir würden es daher begrüßen, wenn der Gesetzgeber im Rahmen der Übergangsvorschrift bereits bestehenden Fonds erlauben würde, freiwillig die Bezugsgrößen durch eine Änderung der Anlagebedingungen anzupassen. Solange eine solche Vorgabe nicht zwingend ist, könnten geschlossene Publikums-AIF jedenfalls versuchen, die entsprechende qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln des Zeichnungskapitals (§ 267 Abs. 3 S. 1 KAGB) zu gewinnen.