

**BVI<sup>1</sup>-Position zur BaFin-Konsultation 06/2020 (BA): Geschäftsleiter und Aufsichtsorgane  
GZ: BA 51-FR 1903-2019/0001**

**I. Eigenständige Merkblätter für Kapitalverwaltungsgesellschaften nach dem KAGB**

Wir wiederholen ausdrücklich unsere Bitte aus unseren Stellungnahmen zu den vorherigen Konsultationen in den Jahren 2015 und 2016, die Erläuterungen zu den Geschäftsleitern und Aufsichtsorganen von Kapitalverwaltungsgesellschaften aus den Merkblättern herauszulösen und in eigenständige Dokumente nach KAGB-Vorgaben zu überführen. Diese Trennung hat die BaFin (WA) bereits im Jahr 2016 bei den Anzeigeformularen mit eigenständigen Vordrucken für Kapitalverwaltungsgesellschaften vollzogen.

Die aufsichtsrechtlichen Anforderungen im KAGB an Geschäftsleiter und Aufsichtsorgane von Kapitalverwaltungsgesellschaften weichen wesentlich von denen des KWG ab. **Insbesondere ist die seit 2015 im BaFin-Merkblatt zu den Geschäftsleitern enthaltene Aussage falsch, dass im Geltungsbereich des KAGB die entsprechenden Vorschriften des KWG anzuwenden seien.** Zudem widersprechen einzelne Aussagen in den Entwürfen der Merkblätter sogar den Vorgaben des KAGB. Es gibt daher keinen rechtlichen Grund, die Anforderungen nach KWG und KAGB in gemeinsamen Merkblättern zu konkretisieren.

Die Merkblätter erläutern zudem eine Vielzahl verschiedener aufsichtsrechtlicher Vorschriften, die für Kapitalverwaltungsgesellschaften nicht gelten. Aufgrund ihres Aufbaus und des Umfangs sind die Merkblätter in der praktischen Anwendung für Kapitalverwaltungsgesellschaften nicht mehr zumutbar.

**Begründung:**

Kapitalverwaltungsgesellschaften unterliegen einem eigenständigen Aufsichtsgesetz, dem KAGB, das besondere Anzeige-, Eignungs- und Nachweispflichten ihrer Geschäftsleiter und Verwaltungs- und Aufsichtsorgane regelt. Die aufsichtsrechtlichen Anforderungen sind ausschließlich nach den Maßstäben des KAGB zu beurteilen und dürfen nicht mit den Vorgaben des KWG bzw. Auslegungs- und Umsetzungsmaßstäben aus EU-Richtlinien (hier: CRD und MiFID) vermischt werden, die für Kapitalverwaltungsgesellschaften gar nicht gelten. Insbesondere irrt die Bankenaufsicht in der Annahme, dass im Geltungsbereich des KAGB entsprechende Vorschriften des KWG anzuwenden seien (vgl. Seite 1, zweiter Absatz, letzter Satz im Merkblatt zu den Geschäftsleitern). Im Einzelnen:

- Die Vorschriften des KWG nebst der dazu erlassenen Anzeigenverordnung finden auf Kapitalverwaltungsgesellschaften keine Anwendung. Seit Inkrafttreten des Investmentänderungsgesetzes im Dezember 2007 sind Kapitalverwaltungsgesellschaften (vorher: Kapitalanlagegesellschaften) keine Kreditinstitute mehr. Damit sind auch die bis dahin an die Kreditinstitutseigenschaft der

---

<sup>1</sup> Der BVI vertritt die Interessen der deutschen Fondsbranche auf nationaler und internationaler Ebene. Er setzt sich gegenüber Politik und Regulatoren für eine sinnvolle Regulierung des Fondsgeschäfts und für faire Wettbewerbsbedingungen ein. Als Treuhänder handeln Fondsgesellschaften ausschließlich im Interesse des Anlegers und unterliegen strengen gesetzlichen Vorgaben. Fonds bringen das Kapitalangebot von Anlegern mit der Kapitalnachfrage von Staaten und Unternehmen zusammen und erfüllen so eine wichtige volkswirtschaftliche Funktion. Die 114 Mitgliedsunternehmen des BVI verwalten über 3 Billionen Euro Anlagekapital für Privatanleger, Versicherungen, Altersvorsorgeeinrichtungen, Banken, Kirchen und Stiftungen. Deutschland ist mit einem Anteil von 22 Prozent der größte Fondsmarkt in der EU.



Kapitalanlagegesellschaft anknüpfenden Anzeigepflichten nach dem KWG entfallen. Diese wurden seit Ende 2007 im InvG (z. B. in § 19c InvG) und sind seit Mitte 2013 nun ausschließlich im KAGB festgelegt.

- Bereits 2015 hat die BaFin mit ihrer grundlegenden Überarbeitung der Merkblätter ihr Ziel verfehlt, darin im Wesentlichen die Aufsichtspraxis infolge der neuen Vorgaben des CRD-IV-Umsetzungsgesetzes festzulegen, weil Kapitalverwaltungsgesellschaften den CRD-Vorschriften gerade nicht unterliegen und die aus dieser europäischen Richtlinienumsetzung resultierenden Anforderungen im KWG an die Geschäftsleiter und Verwaltungs- und Aufsichtsorgane keine Entsprechung im KAGB finden. Es ist für uns nach wie vor nicht nachvollziehbar, weshalb die BaFin im Jahr 2015 für Versicherer separate Merkblätter mit der Begründung eines abweichenden Aufsichtsregimes im Versicherungsaufsichtsgesetz veröffentlicht hat, dies jedoch weiterhin nicht für Kapitalverwaltungsgesellschaften für notwendig erachtet.
- Die EBA- und ESMA-Leitlinien zur Bewertung der Eignung von Mitarbeitern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen und die Leitlinien zur internen Governance, die Anlass der erneuten Überarbeitung der BaFin-Merkblätter sind, gelten ebenfalls nicht für Kapitalverwaltungsgesellschaften. Denn diese unterliegen nicht den CRD- bzw. MiFID-Vorschriften (hier: Art. 91(12) CRD und Art. 9(1) MiFID II), auf denen die EBA-/ESMA-Leitlinien basieren.
- Die im KAGB geregelten Anzeige- und Nachweispflichten weichen auch inhaltlich von den Vorgaben des KWG ab. Beispielsweise regelt § 34 Abs. 1 KAGB infolge der Umsetzung der AIFM-Richtlinie die Anzeige der wesentlichen Änderungen der im Zusammenhang mit der Erlaubnis stehenden Voraussetzungen. Hierzu fehlen im Merkblatt jegliche Ausführungen bzw. die vorgeschlagenen Auslegungsansätze des Merkblattes auf Grundlage des KWG weichen von den Vorgaben des KAGB grundlegend ab oder widersprechen diesen gar (vgl. beispielsweise Rn. 15 des Entwurfs des Merkblattes zu den Geschäftsleitern).

Mit separaten Merkblättern nach den KAGB-Vorschriften lassen sich für Kapitalverwaltungsgesellschaften deren aufsichtsrechtliche Besonderheiten im Anzeigeverfahren adressatenbezogen festlegen. Dies hätte außerdem den Vorteil, dass die Merkblätter nur dann angepasst werden müssen, wenn sich die einschlägigen KAGB-Vorschriften ändern. Schließlich würden separate Merkblätter für Kapitalverwaltungsgesellschaften auch dem Leser die Arbeit erleichtern. Denn der Aufbau der einschlägigen Merkblätter orientiert sich an den KWG-Vorschriften und legt im Text ergänzend für Kapitalverwaltungsgesellschaften jeweils identische bzw. davon abweichende Regeln fest. Selbst für einen fachkundigen Juristen ist nicht mehr erkennbar, welche der jeweiligen Auslegungsansätze aufgrund welcher Rechtsgrundlage auf Kapitalverwaltungsgesellschaften jeweils Anwendung finden sollen. Dies gilt erst recht für diejenigen Kapitalverwaltungsgesellschaften, die geschlossene Fonds verwalten und erst seit 2013 einer Aufsicht nach dem KAGB unterliegen und daher mit den KWG-Vorschriften überhaupt nicht vertraut sind (und dies auch nicht sein müssen).

## **II. Konkrete Anmerkungen zu den Entwürfen der Merkblätter**

Vorbehaltlich unserer Forderung nach eigenständigen Merkblättern für Kapitalverwaltungsgesellschaften haben wir auch folgende inhaltliche Anmerkungen zu den Entwürfen der Merkblätter zu den Geschäftsleitern gemäß KWG, ZAG und KAGB sowie zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und KAGB. Diese beziehen sich sowohl auf unsere Mitglieder als Kapitalverwaltungsgesellschaften als auch auf unsere Mitglieder mit KWG-Erlaubnis (z. B. Finanzportfolioverwalter).



Da unsere Anmerkungen inhaltlich beide Merkblätter gleichermaßen betreffen, fassen wir diese wie folgt zusammen:

### 1. Begriffsbestimmungen

- „**KAGB-Unternehmen**“: Die vorgeschlagene neue Definition, alle Unternehmen unter der Aufsicht der BaFin nach dem KAGB einzubeziehen, erweitert den Adressatenkreis der Anzeigepflichtigen und steht im Widerspruch zu den Vorgaben des KAGB. Ein extern verwalteter Fonds in Gesellschaftsform wäre beispielsweise auch ein Unternehmen, das der Aufsicht der BaFin nach dem KAGB unterliegt. Dieser ist jedoch selbst nicht anzeigepflichtig; die Anzeigepflicht trifft vielmehr immer die (externe) Kapitalverwaltungsgesellschaft, die den Fonds verwaltet.<sup>2</sup> Zudem unterliegen registrierungspflichtige Kapitalverwaltungsgesellschaften als ebenfalls von der BaFin nach dem KAGB beaufsichtigte Unternehmen nicht den Anzeigepflichten des § 34 KAGB.
- Augenscheinlich sind die Definitionen von „**Wertpapierfirmen**“ und „**Wertpapierhandelsunternehmen**“ vertauscht.

### 2. Elektronisches Anzeigeverfahren (Rn. 8)

Wir würden es als einen wesentlichen Fortschritt ansehen, wenn die Anzeigen elektronisch erfolgen dürften und nicht mehr schriftlich eingereicht werden müssen. Auch eine verpflichtende Doppelung von schriftlichem und elektronischem Anzeigeweg würde zu noch mehr Bürokratie führen und hätte keinen erkennbaren praktischen Nutzen.

Das aktuelle Verfahren, dass die besonderen Formulare für Kapitalverwaltungsgesellschaften bislang ausgedruckt und handschriftlich befüllt werden müssen, ist ebenfalls nicht mehr zeitgemäß. Es wäre daher angemessen, wenn die Vordrucke für die Anzeige in editierbare Formate (z. B. pdf) überführt werden.

### 3. Zuordnung der Unternehmen (Rn. 9 und 10)

Wir regen an, dass die BaFin künftig für ihre internen Ordnungszwecke ebenfalls den „Legal Entity Identifier“ (LEI) verwendet. Dies würde vermeiden, im Anzeigewesen unterschiedliche Kennzahlen zur Identifizierung von Unternehmen verwenden zu müssen.

### 4. Anzeigefrist (Rn. 13)

Wir bitten, die den beiden Entwürfen jeweils unter Rn. 13 vorgeschlagene Verkürzung der Anzeigefrist von vier auf zwei Wochen zu streichen. Die bisherige Vermutungsregelung sollte beibehalten werden, dass eine Anzeige innerhalb eines Zeitraums von **vier Wochen** nach der Bestellung der Geschäftsleiter bzw. Aufsichtsorgane noch unverzüglich erfolgt.

Die vorgeschlagene Verkürzung auf zwei Wochen schränkt das Zeitfenster für die Anzeigenerstellung deutlich ein. Insbesondere wird es häufig nicht praktikabel sein, innerhalb von zwei Wochen die notwendigen Informationen zusammenzustellen. Schon jetzt ist es bei bestehender vierwöchiger Frist zum Teil nur schwer möglich, diesen Zeitraum einzuhalten. Potenziellen Kandidaten ist es – neben ihrer oft bestehenden Tätigkeit – nicht immer möglich, einen Termin zur Beantragung der erforderlichen

---

<sup>2</sup> Vgl. BaFin: [Auslegungsentscheidung](#) zu den Tätigkeiten einer Kapitalverwaltungsgesellschaft und der von ihr extern verwalteten AIF-Investmentgesellschaft, 21. Dezember 2017, Geschäftszeichen WA 41-Wp 2100-2016/0001.



Unterlagen (Führungszeugnis/Gewerbezentralregisterauszug) bei der jeweils zuständigen Behörde zu erhalten. Für den Fall, dass Unterlagen aus dem Ausland erforderlich sind, stößt dies in der Praxis auf weitere Schwierigkeiten.

#### **5. Persönliche Eignung und Interview (Rn. 14)**

Nach der neuen Rn. 14 der beiden Merkblattentwürfe soll die BaFin zusätzlich befugt sein, nach Auswertung der eingereichten Unterlagen gegebenenfalls verbleibende offene Fragen im Zusammenhang mit den fachlichen und **persönlichen** Anforderungen in einem Interview mit der betreffenden Person zu klären. Wir sehen dies kritisch, solange nicht geklärt ist, nach welchen Kriterien und mit welchem Ziel Interviews geführt werden sollen. Die BaFin sollte die fachliche Eignung und die Zuverlässigkeit, die allein Voraussetzungen für die Ausübung der Aufgabe als Geschäftsleiter oder Aufsichtsorgan sind, aus den schriftlich einzureichenden Unterlagen erkennen und beurteilen können. Insbesondere die Frage, ob diese persönlich geeignet sind, sollte allein der Entscheidung des Unternehmens vorbehalten sein.

#### **6. Zeitraum für Abschluss der BaFin-Prüfung (Rn. 15)**

Die jeweils neue Rn. 15, wonach die BaFin die Überprüfung der fachlichen und persönlichen Anforderungen an Geschäftsleiter und Aufsichtsorgane in der Regel von **maximal vier Monaten** nach Eingang der vollständigen Unterlagen abzuschließen hat, **steht im Widerspruch zu § 34 Abs. 2 KAGB**.

Nach § 34 Abs. 2 KAGB muss die BaFin die Kapitalverwaltungsgesellschaft innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung darüber in Kenntnis setzen, ob sie die angezeigte Änderung ablehnt oder beschränken will. Diese Frist kann nur um bis zu einem Monat verlängert werden, wenn die BaFin dies aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls für notwendig erachtet. Für Kapitalverwaltungsgesellschaften bedarf es daher einer besonderen Regelung, die den Vorgaben des KAGB entspricht.

#### **7. Anzeigepflicht bei Wiederwahl (Rn. 23 des Entwurfs des Merkblattes zu den Geschäftsleitern und Rn. 26 des Entwurfs des Merkblattes zu den Aufsichtsorganen)**

Künftig soll auch eine Verlängerung eines bestehenden Aufsichtsmandates durch Wiederwahl bzw. die Verlängerung einer befristeten Bestellung eines Geschäftsleiters anzeigepflichtig sein. Verbleibt es bei einer entsprechenden Anzeigepflicht, bleibt unklar, welche Unterlagen beizubringen sind. In beiden Merkblättern wird auf Art. 93 Abs. 1 SSM-RVO Bezug genommen, was eine formlose Mitteilung über die Tatsache der Wiederwahl als solche bedeuten könnte. Es könnte aber auch die Neueinreichung der bei einer Neuwahl erforderlichen Unterlagen gemeint sein. Wir bitten um eine entsprechende Klarstellung.

#### **8. Angabe des zeitlichen Aufwandes (Rn. 73 des Entwurfs des Merkblattes zu den Geschäftsleitern und Rn. 80 des Entwurfs des Merkblattes zu den Aufsichtsorganen)**

Künftig sollen die dem KWG unterliegenden Unternehmen (z. B. Finanzportfolioverwalter) Angaben zur zeitlichen Verfügbarkeit pro Mandat in Stunden machen. Dies erhöht den Aufwand für die anzuzeigenden Angaben deutlich. Wir regen daher an, es bei der bisherigen Angabe des Gesamtaufwands für alle Mandate als das letztlich entscheidende Kriterium zu belassen.



**9. Nebentätigkeiten des Aufsichtsrates bzw. Beirates (Rn. 19 des Entwurfs des Merkblattes zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und KAGB)**

Wir bitten im Hinblick auf die Anzeigepflichten zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen klarzustellen, dass Nebentätigkeiten des Aufsichtsrates bzw. Beirates einer Kapitalverwaltungsgesellschaft **nicht** anzeigepflichtig sind.

Dem Entwurf des BaFin-Merkblattes zu den Anzeigepflichten von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und KAGB kann grundsätzlich entnommen werden, dass auch sämtliche Nebentätigkeiten des Aufsichtsrates/Beirates einer Kapitalverwaltungsgesellschaft unabhängig von dessen Bestellungsanzeige bei der BaFin anzuzeigen sind. Denn unter Rn. 19 sind bei den Pflichten nach dem KAGB auch die weiteren Tätigkeiten von Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen genannt. Das KAGB enthält jedoch im Gegensatz zum KWG (siehe dort § 24 Abs. 1 Nr. 15 KWG) keine Rechtsgrundlage für eine derartige Anzeigepflicht. Wir hatten diese Frage bereits in den Konsultationsverfahren zu den BaFin-Merkblättern im Jahr 2015 sowie zu den besonderen Vordrucken für Kapitalverwaltungsgesellschaften im Jahr 2016 adressiert und nehmen darauf explizit nochmals Bezug. Das im August 2016 veröffentlichte und für Kapitalverwaltungsgesellschaften separat veröffentlichte Anzeigeformular (das nicht Gegenstand dieser Konsultation ist) enthält auch weiterhin Felder für die Aufnahme und Aufgabe einer Nebentätigkeit des Aufsichtsrates bzw. Beirates nebst Angaben zum Beginn und Ende der Tätigkeit, zur Funktion und zu der Gesellschaft. Dies lässt vermuten, dass die BaFin hier eine entsprechende Anzeigepflicht voraussetzt.

\*\*\*\*\*