

## Hintergrundpapier

### **Herstellung eines verhältnismäßigen Gesetzesvollzugs des Kapitalanlagegesetzbuchs (KAGB) bei genossenschaftlichen Bürgerengagements**

#### **Hintergrund**

Ziel des Anlegerschutzgesetzes (auch als „PROKON-Gesetz“ tituiert) ist es, Kleinanleger vor den Risiken intransparenter Geldanlagen besser zu schützen. Dieser Gesetzentwurf behandelt Investitionen in Geschäftsanteile an Genossenschaften entsprechend ihrem niedrigen Risikoprofil angemessen und würdigt zu Recht den effektiven Mitgliederschutz bei Genossenschaften. Wie keine andere Gesellschaftsform schützt das bewährte Genossenschaftsgesetz die Genossenschaften und deren Mitglieder und Gläubiger von der Gründung über den laufenden Geschäftsbetrieb bis hin zur Abwicklung. Zentrales Element ist der gesetzliche Betreuungsauftrag der genossenschaftlichen Prüfungsverbände, die wiederum der Staatsaufsicht unterliegen. Dementsprechend zeichnen sich Genossenschaften durch eine im Gegensatz zu allen anderen Gesellschaftsformen niedrige Insolvenzquote aus.

So sehr das Kleinanlegerschutzgesetz den gesetzlichen Schutzmechanismen bei Genossenschaften Rechnung trägt und diese von neuen Auflagen befreit, so sehr ignoriert das KAGB die besondere Situation der Genossenschaften. Das KAGB sollte eigentlich nur professionelle Kapitalverwaltungsgesellschaften („Fondsmanager“) regulieren, die Anlegergelder nach einer Anlagestrategie investieren und vermehren. Das ist aber nicht das Geschäftsmodell der Genossenschaften, die zu einem Förderzweck gegründet worden sind und betrieben werden. Der Gesetzgeber des KAGB hatte das Ziel, der besonderen Situation der Genossenschaften - insbesondere der Energiegenossenschaften - gerecht zu werden, hat es aber im Wesentlichen bei Appellen an die BaFin belassen, die jetzt durch einen mehr als buchstabengerechten Vollzug aus Genossenschaften Alternative Investmentfonds (AIFs) macht und viele Ehrenamtliche demotiviert. Im Ergebnis läuft die rigide Verwaltungspraxis weithin auf ein Verbot der wirtschaftlichen Beteiligung der Bürger am Erfolg gemeinsamer lokaler Aktivitäten in Form von Genossenschaften hinaus. Das steht der politischen Zielsetzung der Bürgerbeteiligung zur Unterstützung der Energiewende und als Selbsthilfe zur Aufrechterhaltung lokaler Infrastruktur klar entgegen. Neugründungen, die der Gesetzgeber bei der Genossenschaftsreform 2006 anregen wollte (z.B. bei den lokalen und regionalen Bürgerenergiegenossenschaften), sind 2014 nahezu ausgeblieben. Zudem werden auch bestehende Genossenschaften nachträglich den Pflichten des KAGB unterstellt, was zu großer Verunsicherung führt.

#### **Problemstellung**

Der Gesetzgeber hat die Probleme kommen sehen, wollte jedoch Erfahrungen mit dem Vollzug des KAGB abwarten und dann ggf. nachsteuern. Schon jetzt ist aber offensichtlich, dass das KAGB in seiner aktuellen Form unter Berücksichtigung der Verwaltungspraxis der BaFin das Genossenschaftswesen

ganz erheblich beeinträchtigt. **Da im Kleinanlegerschutzgesetz auch das KAGB angesprochen ist (Artikel 10), besteht die Chance und wegen der Praxisprobleme die Notwendigkeit, auf der Grundlage der gemachten Erfahrungen schon jetzt nachzusteuern, um das bürgerschaftliche Engagement wieder zu fördern.**

Nach der extensiven Auslegungspraxis der BaFin zum KAGB werden Genossenschaften sehr schnell als alternativer Investmentfonds (AIF) klassifiziert, z.B. sobald sie allein oder zusammen mit anderen regionalen Genossenschaften Projektgesellschaften gründen oder als lokale Energiegenossenschaften mit den Stadtwerken zur Unterstützung der Energiewende zusammenarbeiten. Während eine lokale Energiegenossenschaft, die Photovoltaik betreibt oder eine Windkraftanlage unterhält, noch als operativ tätig gilt und damit dem Anwendungsbereich des KAGB nicht unterfällt, sieht die BaFin deren operative Tätigkeit als beendet an, sobald aus organisatorischen Gründen oder zur Risikoreduzierung eine weitere Ebene dazwischengeschaltet wird. Das geschieht in der Praxis z.B., wenn sich mehrere lokale Genossenschaften an einer Dach- oder Zentralgenossenschaft (z.B. auf Kreisebene) oder an einem Gemeinschaftsunternehmen mit Stadtwerken beteiligen. Inzwischen geht die BaFin so weit, sogar die vom Genossenschaftsgesetz vorgesehene bloße Möglichkeit, sich zur Förderung des Genossenschaftszwecks an anderen Gesellschaften zu beteiligen (§ 1 Abs. 2 GenG), als Grund heranzuziehen, eine operativ tätige Genossenschaft als einen AIF zu klassifizieren, nur weil die ohnehin geltende gesetzliche Beteiligungserlaubnis in einer Satzungsbestimmung rein deklaratorisch umgesetzt ist.

In diesem Sinne weitet das im Dezember 2014 geänderte Auslegungsschreiben der BaFin (Gz. Q 31-Wp 2137-2013/0006) den Anwendungsbereich des KAGB explizit auf alle operativ tätigen Genossenschaften aus, sobald sie mehr als unwesentliche Teile (ca. 10%) ihres Betriebsvermögens in Anteile an anderen Unternehmen oder in sonstige Finanzinstrumente investieren. Davon ist eine Vielzahl gewerblich tätiger Genossenschaften betroffen. Um die Anwendung des KAGB abzuwenden verlangt die BaFin zum einen Satzungsänderungen, um sowohl die Beteiligungsmöglichkeiten als auch die tatsächlich eingegangenen Beteiligungen auf einen unwesentlichen Umfang einzuschränken. Zum anderen müssen auch sonstige Finanzinvestitionen, z.B. in Bundesanleihen, bis auf eine untergeordnete Restgröße abgebaut werden, um nicht als „klammheimliche“ Investmentgeschäfte eingestuft zu werden. Beide Vorgaben stehen unserer Ansicht nach außerhalb des Wortlauts und Regelungszwecks der AIFM-Richtlinie und des KAGB und greifen unzulässig in die handels- und gesellschaftsrechtlich gewährten Handlungsfreiheiten der Genossenschaften zur Erfüllung ihrer Förderzwecke ein. **Im Endeffekt bewertet die Aufsichtsbehörde aufgrund bilanzieller und statuarischer Indizien die regulären, im Einklang mit dem Genossenschaftsgesetz stehenden Investitionen der Genossenschaften als Verstöße gegen das KAGB. Diese ziehen als unerlaubte Fondsgeschäfte die entsprechenden strafrechtlichen Konsequenzen nach sich (§§ 15, 339 KAGB).** Die Mehrzahl der betroffenen Genossenschaften kann gemäß § 15 KAGB von der BaFin mit der Auflösungsandrohung verfolgt werden, da der Gesetzgeber – völlig zu Recht – für Genossenschaften außerhalb des Energiesektors keinen legalen Anwendungsbereich im KAGB vorgesehen hat. Dieser Anwendung des KAGB muss der Gesetzgeber entschieden entgegentreten.

Auch die aus der Anwendung des KAGB resultierenden Pflichten können viele Genossenschaften nicht erfüllen. Nach Ansicht der BaFin muss eine Genossenschaft im Anwendungsbereich des KAGB dem investmentrechtlichen Spezialitätsprinzip (§ 17 KAGB) genügen. Dazu muss sie ihre reguläre Geschäftstätigkeit auf die Fondsverwaltung spezialisieren und andere operative Tätigkeiten aufgeben. Diese erzwungene Spezialisierung des Geschäftszwecks führt zu Konflikten mit dem Genossenschaftsrecht, das Genossenschaften nicht als Fondsgesellschaften vorgesehen hat. Die Registrierung einer Genossenschaft setzt weiterhin voraus, dass die meist ehrenamtlichen Geschäftsleiter der Genossenschaften, die diese Unternehmen mit der Begleitung des Prüfungsverbands errichtet und die abschließende Gründungsbegutachtung bestanden haben, der BaFin eine Geschäftsleiterqualifikation als Fondsmanager nachweisen müssen (§ 44 Abs. 3 KAGB). Das ist eine Forderung, die das Ehrenamt in der Regel nicht erfüllen kann und braucht, weil die Genossenschaften keine Organismen für kollektive Anlagezwecke zur Erzielung von Vermögenszuwächsen der Mitgliedereinlagen sind, sondern zu einem Förderzweck gegründet wurden, der nicht primär auf Geldvermehrung gerichtet ist.

**Die Anwendung des KAGB auf genossenschaftliche Aktivitäten stellt das deutsche Genossenschaftsrecht und die Rechtsform der Genossenschaft insgesamt in Frage. Das hat offensichtlich niemand gewollt.**

## **Lösungsansätze**

Es ist der ausdrückliche Wunsch des Gesetzgebers, reguläre Genossenschaften vom KAGB unbehelligt zu lassen (BT-Drucks. 18/1648, S. 58). Wiederholte Versuche, diesem Wunsch entsprechend die BaFin-Praxis auf bilateralem Wege abzuändern, schlugen bisher fehl. Klärende Gerichtsentscheide zu dieser neuen Gesetzesmaterie sind noch nicht in Sicht. Sie würden auch Jahre dauern, während der die Unsicherheit alle Aktivitäten erlahmen ließe. Daher sollten Klarstellungen auf gesetzlicher Ebene rasch vorgenommen werden.

Ansatzpunkt ist der jetzige § 1 des KAGB, der über die Definition eines Investmentvermögens den Anwendungsbereich eröffnet. Er ist extrem abstrakt mittels einer Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe formuliert. Um sich nicht angreifbar zu machen, neigt die BaFin zu streng wörtlicher Auslegung und der denkbar weitesten und damit für Genossenschaften restriktivsten Interpretation. Von der Zielsetzung des Gesetzes her, die Finanzmärkte und deren Anleger zu schützen, können abseits der Finanzmärkte agierende Genossenschaften, insbesondere aber im Ehrenamt geführte Bürgergenossenschaften, nicht gemeint sein. **Weder für die Märkte, noch für die Anleger bergen Genossenschaften die Gefahren, denen die AIFM-Richtlinie als europäische Investmentregulierung begegnen will.** Der europäische Gesetzgeber wollte harmlose Genossenschaften für die „Sünden“ von Hedgefonds nicht büßen lassen. Deutschland steht mit dieser rigiden Umsetzung der AIFM-Richtlinie bei Genossenschaften innerhalb der EU alleine da.

Durch die Umsetzung der Richtlinie muss der Gesetzgeber deren Ziele, Marktschutz und Anlegerschutz, erreichen. Diese Schutzziele sind durch die überdurchschnittlich strengen gesetzlichen Prüfungspflichten,

die die staatlich beaufsichtigten Prüfungsverbände auf Grundlage des Genossenschaftsgesetzes wahrnehmen, weit mehr erreicht als durch die Registrierung und Überwachung nach dem KAGB. Keine Rechtsform sieht solchen Mitglieder- und Gläubigerschutz vor wie die Rechtsform der Genossenschaft! Die registergerichtliche Eintragung unter Beachtung des vom Prüfungsverband erstellten Gründungsgutachtens schließt eine missbräuchliche Nutzung der Rechtsform für windige Geldanlagen aus. Auch die generellen Eingriffsrechte der BaFin gegen unerlaubte Investmentgeschäfte (§ 15 KAGB) blieben unberührt. **Es wäre deshalb kein Verstoß gegen die Umsetzungsziele der Richtlinie, wenn reguläre Genossenschaften wegen der beizubehaltenden Anforderungen des Genossenschaftsgesetzes klarstellend als nicht dem Anwendungsbereich des KAGB unterliegende Sachverhalte ausgenommen würden.** Bereits das Genossenschaftsgesetz besagt, dass Genossenschaften nach ihrer gesetzlichen Festlegung auf die Zweckförderung ihrer Mitglieder nicht zu bloßen Geldvermehrungsmaschinen wie AIFs oder OGAWs missbraucht werden dürfen (§ 1 GenG). Die Erzielung von Vermögenszuwächsen und Dividenden als primäre Förderzwecke sind nach h. M. untersagt und nicht eintragungsfähig. Die klare Ausrichtung der Rechtsform auf nicht kapitalistische Mitgliederzwecke kommt auch im genossenschaftlichen Prinzip der Einlage und Abfindung zum Nominalwert zum Ausdruck. Im Unterschied zu Fondsanteilen nehmen Mitgliedereinlagen nicht an den Unternehmenswertsteigerungen teil. Somit eignen sich Einlagen in Genossenschaften prinzipiell nicht als Mittel zur Partizipation der Anleger an Zuwächsen des Anlegerkapitals. Im Hinblick auf die im Investmentrecht entscheidende Finanz- und Risikostruktur der Kapitalüberlassung gleichen Mitgliedereinlagen einem nachrangigen Gewinndarlehen, das an Gewinnen und Verlusten teilnimmt, aber maximal zum Nennbetrag rückzahlbar ist. **Nach der eigenen Auslegung der BaFin liegen darlehensähnliche Kapitalüberlassungen außerhalb des KAGB. Allein aus diesem Grund müssten Mitgliedereinlagen aus dem Anwendungsbereich des KAGB ausscheiden.** Auch hierzu dient die von uns unterstützte gesetzliche Klarstellung.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die AIFM-Richtlinie für sämtliche AIFM, unabhängig von der rechtlichen oder vertraglichen Form, gelten soll (Artikel 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie), also zunächst Genossenschaften nicht von anderen Gesellschaftsformen unterscheidet, sagt doch der Erwägungsgrund 6 i.V.m. Artikel 4 Abs. 1 Buchst. 2 AIFMD, dass *„der Geltungsbereich dieser Richtlinie auf Unternehmen begrenzt sein soll, die die Verwaltung von AIF als regelmäßige Geschäftstätigkeit betreiben.“* Wie beschrieben, schließt das Genossenschaftsgesetz jeden Förderzweck aus, der allein auf die Vermögensmehrung der Mitgliedereinlagen als reguläre Haupttätigkeit gerichtet ist. **Im KAGB könnten also eingetragene und von Pflichtprüfungsverbänden beaufsichtigte Genossenschaften mit Verweis auf die Förderzweckbindung und die Vorkehrungen des Genossenschaftsgesetzes als abseits des Geltungsbereichs des KAGB stehende Unternehmen ausgenommen werden.** Sie sind keine AIF bzw. AIFM.

## Änderungsvorschlag

**Wir schlagen vor, § 2 Abs. 4b KAGB zu streichen und § 2 (Ausnahmebestimmungen) im Absatz 1 um eine Nr. 8 zu ergänzen, die wie folgt lauten könnte:**

„(1) Dieses Gesetz ist nicht anzuwenden auf (...)

**8. Genossenschaften, die der Pflichtprüfung eines gesetzlichen Prüfungsverbandes gemäß §§ 53 ff. GenG unterliegen und deren Haupttätigkeit nicht darin besteht, einen oder mehrere AIF zu verwalten. Investitionen der Genossenschaft in Beteiligungen an anderen Unternehmen, Immobilien sowie sonstige Finanzinvestitionen stellen keine Verwaltung eines AIF dar, sofern sie der Erfüllung des satzungsmäßigen Zwecks der Genossenschaft und nicht überwiegend der Erzielung einer Rendite auf die Einlagen dienen.“**

Damit wäre das Grundproblem gelöst, das darin besteht, dass die BaFin aus Vorsichtsgründen den KAGB-Anwendungsbereich entgegen dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 KAGB auf operativ tätige Genossenschaften ausdehnt, weil sie theoretisch ihre operativen Geschäftszecke verlassen und stattdessen – missbräuchlich und an der Pflichtprüfung vorbei – als Haupttätigkeit eine auf Vermögenszuwachs gerichtete Investitionstätigkeit für ihre Mitglieder betreiben könnten. Der Änderungsvorschlag würde entsprechend den Anforderungen des Artikels 4 Abs. 1 Buchst. 2 sowie des Erwägungsgrunds 6 der Richtlinie klarstellen, dass die Fondsverwaltung eine finanzielle Dienstleistung von speziell und hauptsächlich darauf ausgerichteten Unternehmen darstellt, die aus der Satzungslage und dem Tätigkeitsprofil als Anlagevehikel eindeutig erkennbar sein muss. **Bei Genossenschaften sprechen sowohl die genannten Rechtsformbesonderheiten, das spezielle Finanz-Risikoprofil von Mitgliedereinlagen als auch die spezifische Aufsichtsregelung durch die genossenschaftlichen Prüfungsverbände von vorneherein gegen das Risiko missbräuchlicher Fondstätigkeiten.** Die BaFin begründet ihr Vorgehen mit der präventiven Missbrauchsverhinderung. Eine flächendeckende Inhaftnahme unbescholtener Genossenschaften ist aber unbegründet und maßlos. Erst wenn aus der Gesamtschau der Satzungslage und der tatsächlichen Tätigkeit der Genossenschaft klar hervorgeht, dass Investitionstätigkeiten in Sach- und Finanzwerte von vorneherein nicht lediglich zur Unterstützung ihrer operativen Hauptzwecke angelegt sind, sondern – trotz Verstoßes gegen das GenG und unentdeckt von den Prüfungsverbänden – nach den ertragsorientierten Grundsätzen einer Anlagestrategie betrieben würden und dies den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit darstellte, wäre der Anwendungsbereich des KAGB eröffnet. Damit würden nur die „Ausreißer“ vom KAGB erfasst werden. aber nicht reguläre Genossenschaften.

## Alternative, hilfsweise vorgebrachte Vorschläge

Sollte die von uns dringend empfohlene generelle Klarstellung des Anwendungs- bzw. Ausnahmebereichs des KAGB aus, unserer Ansicht nach nicht begründeten, europarechtlichen Erwägungen politisch nicht durchsetzbar sein, gibt es weitere Ansatzpunkte, die Genossenschaften zu unterstützen.

## Alternativvorschlag 1

### **Geholfen werden könnte auch bei der Definition und Auslegung der Worte „operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors“ nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB.**

Die BaFin sieht den Übergang von einem operativ tätigen Unternehmen außerhalb des KAGB in ein Unternehmen des Investmentsektors, das durch Beteiligungsmanagement eine Anlagestrategie zur Erzielung von Renditen auf die Mitgliedereinlagen verfolgt, sobald z.B. eine örtliche Energiegenossenschaft nicht mehr selbst eine Anlage betreibt, sondern zusammen mit anderen eine Projektgesellschaft errichtet oder sich mit anderen Bürgergenossenschaften zu einer Zentralgenossenschaft zusammenschließt, die eine solche Gemeinschaftsanlage betreibt. Der Zusammenschluss zu dem gemeinsamen Zweck, eine operative Anlage zusammen mit anderen zu betreiben, die für eine einzelne lokale Genossenschaft zu groß wäre, ändert aber nicht den Genossenschaftszweck, sondern dient als Mittel zur Erfüllung des Genossenschaftszwecks. Eine lokale Genossenschaft ändert dadurch nicht ihren Geschäftszweck hin zu einem AIF zur Geldvermehrung seiner Mitglieder. Sie bleibt ein kommerzielles Unternehmen und wechselt nicht in den Finanzsektor.

Auch nach den Leitlinien der ESMA (Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFMD)) wird in Ziffer 3 eine operative Tätigkeit bzw. ein „allgemein-kommerzieller oder industrieller Geschäftszweck“ definiert als *„den Zweck der Verfolgung einer Geschäftsstrategie, die sich u. a. durch Merkmale auszeichnet wie die überwiegende Ausübung i) einer kommerziellen Tätigkeit einschließlich Kauf, Verkauf und/oder Austausch von Waren oder Gütern und/oder Verkehr mit nicht-finanziellen Dienstleistungen oder ii) einer industriellen Tätigkeit einschließlich der Produktion von Waren oder der Errichtung von Immobilien oder iii) einer Kombination daraus“*. **Im Sinne der ESMA-Leitlinie verfolgen Genossenschaften außerhalb des Finanzsektors ausnahmslos operative Geschäftszwecke.**

Diese Definition geht dann – vergleichbar mit § 1 Abs. 1 KAGB – in das zentrale Abgrenzungsmerkmal eines AIF in Ziffer 12 der Leitlinien wie folgt ein:

AIF im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchstabe a der AIFMD ist ein Organismus, der kumulativ folgende Merkmale aufweist:

- Der Organismus verfolgt keinen allgemein-kommerziellen oder –industriellen Zweck,
- der Organismus bündelt das bei seinen Anlegern zum Zweck der Anlage beschaffte Kapital im Hinblick auf die Erzielung einer Gemeinschaftsrendite für diese Anleger; und
- die Anteilseigner des Organismus besitzen – als Gruppe – keine laufende Ermessens- bzw. Kontrollbefugnis.

Keines der drei Merkmale ist bei einer Genossenschaft erfüllt:

- Die Genossenschaft verfolgt das kommerzielle (und teilweise auch ideelle) Ziel z.B. die Energiewende durch lokale Anlagen zur Erzeugung regenerativer Energien zu unterstützen und hierzu in die Erneuerbaren Energien zu investieren. Dadurch stehen Investitionstätigkeiten vorrangig im Dienste einer sachorientierten, die Geschäftsstrategie unterstützenden Funktion.
- Das Kapital wird für die Genossenschaftszwecke eingesetzt und nicht zur Erzielung einer Gemeinschaftsrendite. Spiegelbildlich zum ersten Merkmal dürfen sich Gewinninteressen nicht verselbständigen und die Optimierung ertragsorientierter Investitionen nicht den Hauptzweck der Genossenschaft ausmachen.
- Die Mitglieder der Genossenschaft üben ihre satzungsmäßigen Kontrollrechte aus. Der Vorstand einer Genossenschaft hat diese Rechte im Rahmen der eigenverantwortlichen Leitung der Genossenschaft zu beachten.

**Alternativvorschlag 1: Wir schlagen vor, § 1 Abs. 1 KAGB um folgenden Satz 3 zu ergänzen:**

***„Eine Genossenschaft, die Anteile an einer Zentralgenossenschaft, einem Gemeinschaftsunternehmen oder einem anderen Unternehmen erwirbt, gilt weiter als operativ tätig außerhalb des Finanzsektors, sofern diese Investitionen der Erfüllung des satzungsmäßigen Hauptzwecks der Genossenschaft dienen, die Beteiligungsunternehmen operative Tätigkeiten ausüben und diese Investitionen nicht überwiegend der Erzielung einer Rendite auf die Einlagen dienen.“***

Die Klarstellung würde viele Auslegungsprobleme in der heutigen Verwaltungspraxis beseitigen, die immer dann entstehen, wenn die Genossenschaftsmitglieder zur Verfolgung ihrer Ziele andere Unternehmen gründen, sich an ihnen beteiligen oder sich mit anderen Genossenschaften mit den gleichen Zielen oder mit Stadtwerken im Rahmen eines regionalen Energiekonzepts zusammenschließen wollen. Im Vordergrund dieser Beteiligungen steht die Unterstützung der Genossenschaftsziele, die auf operative Tätigkeiten ausgerichtet sind, und keine Anlagestrategie zur Erzielung einer Rendite auf die Mitgliedereinlagen. Ein Abgrenzungsmerkmal liegt beispielsweise darin, dass der Erwerb von Beteiligungen im Zusammenhang mit einer operativen Geschäftsstrategie, z.B. der Mitgestaltung, Unterstützung und Beteiligung lokaler Infrastrukturprojekte, steht und nicht mit der Absicht der Gewinnrealisierung durch chancenorientierte Beteiligungsveräußerung eingegangen wird (sog. Exit-Strategie), was nicht der sachlichen Unterstützung des Förderzwecks dienen würde. Dabei reichen eine bestimmte absolute oder relative Höhe des Beteiligungsbuchwerts oder die Teilhabe der Mitglieder an den laufenden Erträgen aus der Beteiligung als Indiz für die Verfolgung einer „Anlagestrategie“ nicht aus.

**Alternativvorschlag 2**

**Wenn selbst diese hilfreiche Klarstellung keine Mehrheit fände, müssten doch dringend zentrale Probleme der Anwendung des geltenden Rechts angegangen werden, die zerstörerisch auf die Genossenschaften im Lande wirken.**

**Die für die Energiegenossenschaften geschaffene Bereichsausnahme in § 2 Abs. 4b KAGB sollte an die gesetzliche Entwicklung des EEG 2014 angepasst werden.**

Diese Vorschrift verlangt in § 2 Abs. 4b Satz 1 Nr. 3 KAGB, dass *„aufgrund gesetzlicher Regelungen ein Mindestertrag aus der Nutzung des Sachwerts, in der der von der internen AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft verwaltete inländische Publikums-AIF direkt oder indirekt investiert ist, langfristig sichergestellt ist“*. Gemeint war zur Zeit der Verabschiedung in erster Linie das Erneuerbare Energien Gesetz (EEG).

Am 1. August 2014 ist die Novelle des EEG in Kraft getreten. In diesem Zuge kam es zu einem Paradigmenwechsel des Vergütungssystems. Betreiber von EEG-Anlagen müssen ihren Strom zukünftig direkt vermarkten. Die bisherige gesetzliche Einspeisevergütung wird nur noch in Ausnahmefällen gewährt. Die Vergütungssätze wurden erheblich reduziert und sollen langfristig ganz abschmelzen.

Hierdurch entstehen folgende Probleme:

- Der gesetzlich geforderte Nachweis gemäß § 2 Abs. 4b Satz 1 Nr. 3 KAGB ist nicht mehr darstellbar. Unter den geänderten Bedingungen des EEG 2014 ist ein gesetzlich geregelter Mindestertrag für die Anlagenbetreiber langfristig nicht mehr wie bisher durch den Gesetzgeber sichergestellt.
- Die BaFin verlangt im Rahmen einer Registrierung die Spezialisierung der Genossenschaft auf Fondstätigkeiten (§ 17 KAGB). Genossenschaften müssen in ihrer Satzung eine Beschränkung ihrer zulässigen Tätigkeiten auf Investitionen in Anlagen im Sinne des § 2 Abs. 4b Satz 1 Nr. 3 KAGB aufnehmen. Dies hat zur Folge, dass die Genossenschaft sowohl ihre bestehenden Tätigkeiten und vorhandenen Vermögenswerte, die nicht unter das EEG fallen, wie auch EEG-Anlagen, deren EEG-Vergütung ausläuft, veräußern muss, da sie nicht mehr gesetzes- und satzungskonforme Investitionen wären. Das gefährdet die Fortführung des Unternehmens zum Schaden der Eigentümer und Gläubiger.
- Die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe („aufgrund gesetzlicher Regelungen“, „Mindestertrag“, „langfristig sichergestellt“) und ihre praktische Umsetzung sind höchst unklar und führen zu Streitigkeiten. Der Nachweis, dauerhaft einen gesetzlichen Fördertatbestand zu erfüllen, ist ex ante bei sich stetig wandelnder Rechtslage nicht möglich.
- Für Genossenschaften außerhalb des Energiesektors, die nicht in EEG-Anlagen investieren, ist die genannte Voraussetzung nicht erfüllbar. Folglich ist ihnen eine Registrierung nach KAGB unmöglich und es droht ihnen die Abwicklung wegen verbotener Investmentgeschäfte gemäß §§ 15, 339 KAGB.

**Alternativvorschlag 2: § 2 Abs. 4b Satz 1 Nr. 3 KAGB sollte gestrichen werden.**

Weder die AIFM-Richtlinie noch die übrigen Bereichsausnahmen für registrierungspflichtige Unternehmen in § 2 Abs. 4, 4a oder 5 KAGB verlangen eine vergleichbare erhöhte Sicherheit des Geschäftsmodells durch planbare bzw. gesetzlich garantierte Erträge. Die erhöhte Sicherheit des Geschäftsmodells ist



durch die genossenschaftliche Gründungsprüfung und die Betreuung durch die Prüfungsverbände gewährleistet. Klarstellend sollte erwähnt werden, dass die Streichung nicht die Notwendigkeit ausdrückt, Genossenschaften auch außerhalb des Energiesektors der Anwendung des KAGB zu unterwerfen.

### Alternativvorschlag 3

Die größte Hürde einer Registrierung stellt der Nachweis der fachlichen Eignung der Geschäftsleiter nach § 44 Abs. 3 KAGB dar. Nach einem Merkblatt der BaFin setzt die fachliche Eignung voraus, dass die Personen, die als Geschäftsleiter bestellt werden sollen, *„in ausreichendem Maße über theoretische und praktische Kenntnisse in den betreffenden Geschäften sowie über Leitungserfahrung verfügen.“* In der Praxis tauchen hierzu vielfältige Probleme auf:

- Selbst Bankvorstände werden trotz kaufmännischer Kenntnisse nicht zugelassen, wenn sie keine Praxis im Bereich der Erneuerbaren Energien nachweisen können.
- Von allen Vorständen werden vergleichbare fondsspezifische Kenntnisse verlangt.
- Auch Prokuristen müssen geeignet sein, wenn sie mitentscheiden dürfen.
- Ausreichende Zeitressourcen müssen belegt werden, weshalb das Ehrenamt tendenziell ausgeschlossen wird.

#### **Alternativvorschlag 3: Lösungsmöglichkeiten:**

- Innerhalb des Rechtsfolgekanons des § 2 Abs. 4b KAGB werden § 44 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 sowie § 44 Abs. 4 Nr. 6 KAGB gestrichen.**

Genossenschaften müssen, wie die übrigen kleinen AIF-Fondsmanager in § 2 Abs. 4 und 4a KAGB, keine Angaben zur fachlichen und persönlichen Eignung machen, weil schon § 2 Abs. 4b Satz 1 Nr. 1 KAGB auf die regelmäßige Geschäftsführungsprüfung nach §§ 53 Abs. 1 des Genossenschaftsgesetzes verweist und diese auch Gegenstand der Gründungsbegutachtung ist (§ 11 Abs. 2 Nr. 3 GenG).

- An § 44 Abs. 4 Nr. 6 KAGB wird folgender Satz angefügt:**

***„Bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit und Eignung der Geschäftsleiter einer Genossenschaft hat die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht die Stellungnahme des zuständigen Prüfungsverbandes maßgeblich zu berücksichtigen.“***

Damit würde die maßgebliche Bedeutung der Qualitätssicherung durch den zuständigen Prüfungsverband bei der Bewertung der ehrenamtlichen oder angestellten Vorstände von Genossenschaften klargestellt. Risiken aufgrund fachlich ungeeigneter Vorstände, die bei Gesellschaften anderer Rechtsformen nicht laufend kontrolliert werden, sind in der genossenschaftlichen Prüfungsstruktur, auf die schon § 2 Abs. 4b Satz Nr. 1 KAGB hinweist, unter dauerhafter Kontrolle, die vom Genossenschaftsgesetzgeber bewusst als Ergänzung zum Ehrenamt vorgesehen ist.

## Alternativvorschlag 4

Wie in Vorschlag 2 dargestellt überträgt die BaFin das sog. Spezialitätsprinzip des § 17 KAGB mit der Anordnung, dass Kapitalverwaltungsgesellschaften Spezialunternehmen sind, *„deren Geschäftsbetrieb darauf gerichtet ist, inländische Investmentvermögen, EU-Investmentvermögen oder ausländische AIF zu verwalten“* auch auf die nach § 2 Abs. 4b KAGB registrierungspflichtigen Genossenschaften. Aus der Spezialisierungspflicht folgert die BaFin, dass Genossenschaften ihre satzungsmäßigen Geschäftszwecke einseitig auf die Tätigkeit einer sog. intern verwalteten AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft beschränken müssen (§ 17 Abs. 2 Nr. 2). Demnach sind sie gesetzlich zur Verwaltung eines AIF, d.h. zur Verfolgung einer Anlagestrategie und zur Verschaffung von Renditen auf die Mitgliedereinlagen, verpflichtet. Ergänzend folgt aus § 2 Abs. 4b Satz 1 Nr. 3 KAGB, dass ihre Anlagestrategie auf den Erwerb der dort genannten „EEG-Anlagen“ gerichtet sein muss. Das Spezialitätsprinzip verbietet intern verwalteten Kapitalverwaltungsgesellschaften ausnahmslos, jegliche sonstige operative Tätigkeit oder finanzielle Dienstleistung auszuüben und dadurch zusätzliche Risiken für die Anleger einzugehen (§ 20 Abs. 7 KAGB).

Das Spezialitätsprinzip wirft bei Genossenschaften ernste Probleme auf:

- Ein Konflikt folgt aus dem erzwungenen Geschäftszweck der ausschließlichen Verfolgung einer Anlagestrategie, d.h. Anlegern eine Rendite auf ihre Einlagen zu verschaffen durch Investitionen in – nicht selbst betriebene – Anlagen oder in Beteiligungen aus dem Bereich der Erneuerbaren Energien. Der Hauptzweck der Renditeerzielung durch investive Tätigkeiten stellt keinen gesetzlich zulässigen Förderzweck nach § 1 GenG dar.
- Die Genossenschaft muss sowohl ihre bestehenden operativen und investiven Tätigkeiten einstellen, als auch die vor diesem Hintergrund erworbenen Vermögenswerte veräußern, die nicht im Zusammenhang mit dem EEG stehen. Gleiches betrifft EEG-Anlagen, deren EEG-Vergütung mittelfristig ausläuft. Sie erfüllen nicht die Spezialisierungsanforderung nach § 17 i.V.m. § 2 Abs. 4 b Satz 1 Nr. 3 KAGB. Auch der eigene Betrieb von Wind- oder Solaranlagen ist strenggenommen untersagt, da dadurch operative Risiken eingegangen werden, die § 17 KAGB verhindern will. Dadurch verordnet das Gesetz den Genossenschaften eine Klumpenbildung ihrer Investitionsrisiken und zwingt sie zur Einengung ihres Tätigkeitsprofils. Das erhöht die Geschäftsrisiken und gefährdet die Fortführung von sachlich sinnvoll zusammenhängenden Geschäftsmodellen zum Schaden der Mitglieder, Kunden und Gläubiger.

Deshalb empfehlen wir Ihnen folgenden

**Alternativvorschlag 4: Aus dem in § 2 Abs. 4b Satz 1 KAGB genannten Rechtsfolgebereich sollte § 17 KAGB gestrichen werden.**

Die Änderung würde die erwähnten Konflikte mit dem Genossenschaftsrecht sowie die kontraproduktiven und risikoerhöhenden Folgewirkungen einer Registrierung nach KAGB beseitigen. Die monofunktionale Spezialisierung der Geschäftigkeit auf Vermögensverwaltung ohne eigene operative oder kommerzielle

Tätigkeiten ist im Hinblick auf den Anlegerschutz nicht sinnvoll begründbar. **Während die Verhinderung der Zerschlagung von Unternehmen eine zentrale Zielsetzung der AIFM-Richtlinie ist, wird sie im KAGB gerade auf behördliche Anordnung vollzogen.** Die Spezialisierung wird auch nicht von der AIFM-Richtlinie gefordert. Außer den in § 44 Abs. 1 KAGB umgesetzten Mitteilungspflichten an die Aufsichtsbehörde sieht die AIFM-Richtlinie keine weiteren Rechtsfolgen einer Registrierung vor (Art. 3 Abs. 2 bis 4 AIFMD). Zudem ergibt das Spezialitätsprinzip nach § 17 KAGB auch nur im Zusammenhang mit der Beschreibung der zulässigen Nebentätigkeiten in § 20 KAGB einen Sinn. § 20 ist aber für KAGB-registrierte Genossenschaften explizit nicht einschlägig. Die BaFin wendet ihn dennoch ohne Rechtsgrundlage durch Rechtsfortbildung im Verwaltungswege sinngemäß an.

### Alternativvorschlag 5

Die Sanktions- und Eingriffsvorschriften des KAGB bei Verletzung der Registrierungspflicht sind unverhältnismäßig belastend. Sie wirken im Zusammenspiel mit den enormen Rechtsunsicherheiten bezüglich der Betroffenheit von Genossenschaft als zusätzliches Gründungshemmnis. Dies ist aus den enttäuschenden Gründungszahlen direkt ablesbar. Nach Handelsrecht ist der Unternehmer lediglich berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Eintragung im Handelsregister herbeizuführen (§ 2 Satz 2 HGB). Dagegen setzt der Verbotstatbestand des Betriebes unerlaubter Investmentgeschäfte, § 15 KAGB, die Unterlassung einer erforderlichen Registrierung nach § 44 KAGB mit dem Betreiben der nach § 20 KAGB voll erlaubnispflichtigen kollektiven Vermögensverwaltung gleich. Die Eingriffsrechte ermächtigen die BaFin u.a. zur sofortigen Einstellung des Geschäftsbetriebs und zur Abwicklung der unerlaubten Geschäfte. Daneben sehen die strafbewährten Sanktionsvorschriften des § 339 KAGB für Verstöße gegen die Registrierungspflichten Geldstrafen oder Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren vor, die bei fahrlässigem Handeln auf ein Jahr begrenzt sind. Die Strafvorschriften wurden dem Straftatbestand des Kapitalanlagebetrugs nach § 264a Strafgesetzbuch nachgebildet und – für Verstöße gegen Erlaubnispflichten des § 20 KAGB – aus dem § 143a Investmentgesetz übernommen. Die Angleichung an die Strafvorschriften für Kapitalanlagebetrug wurde erst mit dem Investmentänderungsgesetz vom 21.12.2007 vollzogen.

**Alternativvorschlag 5: Bei Verstößen gegen die Registrierungspflicht sollten verhältnismäßige Sanktionen und Eingriffsbefugnisse vorgesehen werden. Angemessen wären Bußgelder wegen Ordnungswidrigkeit (§ 340 KAGB) oder Zwangsgelder. Aus § 15 KAGB (Einschreiten gegen unerlaubte Investmentgeschäfte) und § 339 KAGB (Strafvorschriften) sollten die Bezüge zu den Registrierungspflichten gestrichen werden.**

Die Notwendigkeit der Abmilderung der Straf- und Eingriffsvorschriften folgt aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe. Die Vorschriften wirken übermäßig abschreckend, sie ersticken das ehrenamtliche unternehmerische Handeln im Keim. Dagegen sieht die AIFM-Richtlinie für unterlassene Registrierungen keinerlei Sanktionsvorschriften vor. Nach Art. 1 Abs. 4 AIFMD müssen die Mitgliedstaaten lediglich „die erforderlichen Maßnahmen“ ergreifen, um die Einhaltung der Richtlinie

sicherzustellen. Nach Erwägungsgrund 94 müssen die ergriffenen Maßnahmen das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachten und dürfen nicht über das für die Erreichung dieses Ziels der Richtlinie erforderliche Maß hinausgehen. Das Betreiben registrierungspflichtiger Investmentgeschäfte bedarf nach EU-Recht wie nach KAGB keiner Erlaubnis. Mangels einer Erlaubnispflicht handelt es sich sachlich nicht um ein „Betreiben unerlaubter Investmentgeschäfte“. Eine Gleichbehandlung der Verletzung von Registrierungsspflichten mit Verstößen gegen Erlaubnispflichten ist nicht gerechtfertigt. Die AIFM-Richtlinie sieht im Rahmen der registrierungspflichtigen Investmenttätigkeiten keine Gefährdung des Anlegers, sondern nur des Marktes, weshalb Mitteilungen an die Behörden, aber keine zusätzlichen Informationen an die Anleger vorgeschrieben sind. Zur Durchsetzung der Mitteilungspflichten nach § 44 Abs. 1 KAGB reichen wesentlich mildere Ermächtigungs- und Bußgeldvorschriften.

## **Fazit**

Sie sehen, welche schädlichen „Nebenwirkungen“ die Regulierung des Kapitalmarkts auf das Genossenschaftswesen in Deutschland hat. Das war weder vom europäischen noch vom deutschen Gesetzgeber gewollt.

Wir bitten Sie deshalb herzlich darum,

- nach Möglichkeit unsere Vorschläge bei den Beratungen in den Ausschüssen und im Plenum des Bundesrates zu übernehmen. Dabei bitten wir Sie, durch die vorgeschlagene Ausnahmeregelung („Änderungsvorschlag“) die Probleme schon von Grund auf zu lösen;
- alternativ zumindest einen Entschließungsantrag einzubringen, der die Bundesregierung auffordert, sich mit den Problemen der Genossenschaften auseinanderzusetzen und im weiteren Gesetzgebungsverfahren Vorschläge zu unterbreiten.

Wir bedanken uns für Ihr Engagement in dieser wichtigen Angelegenheit und stehen Ihnen für ein persönliches Gespräch gerne zur Verfügung.