

# PRÜFUNGSVERBAND

der Deutschen Verkehrs-, Dienstleistungs- und  
Konsumgenossenschaften e.V.

Seite 1 von 5

---

## **RUNDSCHREIBEN NR. 02 / 2015**

**an die Vorstände und Geschäftsführer  
unserer Mitgliedsunternehmen**

**12. Februar 2015**

### **Anwendbarkeit des Kapitalanlagegesetzbuches (KAGB) auf Genossenschaften**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir wollen Sie mit diesem Rundschreiben über die Anwendbarkeit des Kapitalanlagegesetzbuches (KAGB) auf Genossenschaften informieren. Mit dem KAGB wurde die EU-Richtlinie über die Verwalter Alternativer Investmentfonds (AIFM-Richtlinie) in deutsches Recht umgesetzt. Das KAGB trat am 22. Juli 2013 in Kraft und wurde erstmals mit Wirkung zum 19. Juli 2014 durch das Finanzmarktanpassungsgesetz geändert.

Zielsetzung des KAGB ist es, ein geschlossenes Regelwerk für Investmentvermögen zu schaffen. Hierdurch soll der Aufsichts- und Regulierungsrahmen für Investmentfonds fortentwickelt und an geänderte europäische Vorgaben angepasst werden. Das Gesetz soll damit einen Beitrag zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes im Bereich der Investmentvermögen leisten und gleichzeitig dazu dienen, für den Schutz der Anleger einen einheitlich hohen Standard zu schaffen.

Das KAGB definiert zwei Hauptformen von Investmentvermögen: Zum einen Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere (OGAW) gemäß § 1 Absatz 2 Satz 1 KAGB und zum anderen Alternative Investmentfonds (AIF) gemäß § 1 Absatz 3 KAGB, nämlich solche Investmentvermögen, die keine OGAW sind.

Nach der Rechtsauffassung des DGRV als Spitzenverband der genossenschaftlichen Prüfungsverbände erfüllt aufgrund der Besonderheiten der genossenschaftlichen Rechtsform keine Genossenschaft die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen eines Investmentvermögens im Sinne des KAGB. Denn diesen fehle es bereits an dem genossenschaftlichen Förderauftrag nach § 1 Absatz 1 GenG. Dem hingegen vertritt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFIN) die Ansicht, dass das KAGB auch auf Genossenschaften Anwendung finden kann.

Nach Meinung der BAFIN ist der Anwendungsbereich des KAGB auf Genossenschaften dann eröffnet, wenn das Geschäftsmodell der Genossenschaft in der Verwaltung von Investmentvermögen besteht. Die Definition eines Investmentvermögens lautet gemäß § 1 Absatz 1 Satz 1 KAGB:

*„Investmentvermögen ist jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren und der kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist.“*

Ein Investmentvermögen hat somit sechs Tatbestandsvoraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen:

- Bestehen eines Organismus
- Zielsetzung einer gemeinsamen Anlage
- Einsammeln von Kapital
- Vorhandensein einer Anzahl von Anlegern
- Vorhandensein einer Anlagestrategie
- Keine operative Tätigkeit außerhalb des Finanzsektors

Ein Organismus ist jedes rechtlich oder wirtschaftlich verselbständigte Vermögen unabhängig von der Rechtsform. Die Zielsetzung einer gemeinsamen Anlage ist das Eingehen gemeinschaftlicher Risiken durch das Kaufen, Halten oder Verkaufen von Vermögensgegenstände oder das Erbringen von Dienstleistungen, bei denen der Investor eine Rendite erzielen und an der Wertentwicklung teilnehmen will. Das Einsammeln von Kapital meint Maßnahmen zur gewerblichen Beschaffung von Kapital bei einem oder mehreren Anlegern. Das Vorhandensein einer Anzahl von Anlegern bedeutet, dass das Investment nicht nur auf einen Anleger begrenzt ist und ergibt sich bei Genossenschaften bereits aus der gesetzlichen Mindestmitgliederzahl nach § 4 GenG. Das Vorhandensein einer Anlagestrategie schließlich bedeutet, dass das Kapital nicht allein zum Nutzen des eigenen Unternehmens, sondern zum Nutzen der Anleger investiert wird.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass fünf der sechs Tatbestandsvoraussetzungen für ein Investmentvermögen auf einen Großteil der Genossenschaften zutreffen werden, jedenfalls dann, wenn es sich um keine Genossenschaften handelt, bei denen die Mitglieder bereits satzungsmäßig am Gewinn oder Liquidationserlös nicht beteiligt sind.

Eine Schlüsselrolle für die Anwendbarkeit des KAGB auf Genossenschaften kommt somit dem Tatbestandsmerkmal „keine operative Unternehmenstätigkeit außerhalb des Finanzsektors“ zu. Oder im Umkehrschluss: Wenn eine Genossenschaft operativ tätig ist, findet das KAGB keine Anwendung.

Eine operative Tätigkeit ist das Produzieren, Kaufen, Verkaufen oder Tauschen von Gütern und Handelswaren oder die Erbringung sonstiger Dienstleistungen außerhalb des Finanzsektors. Keine operative Tätigkeit ist dem hingegen die Vermietung und Verpachtung von Sachanlagen an Dritte, die Vermögensverwaltung oder das Halten von Beteiligungen.

Bei Immobilienvermögen stellt der Betrieb der Immobilie, z. B. als Hotel oder Tagungseinrichtung, die Projektentwicklung, Facility Management sowie Makler- und Bewertungsaktivitäten eine operative Tätigkeit dar. Das Verkaufen, Verwalten, Vermieten oder Verkaufen von Immobilien ist nach Auffassung des BAFIN jedoch keine operative Tätigkeit.

Bei der Übertragung von operativen Tätigkeiten auf Dritte (Outsourcing) oder auf Tochter- bzw. Beteiligungsgesellschaften gilt: Eine operative Tätigkeit liegt nur dann noch vor, wenn die unternehmerischen Entscheidungen, also insbesondere die Gestaltungs-, Lenkungs- und Weisungsrechte, bei dem übertragenden Unternehmen selbst verbleiben. Das alleinige Halten von Mehr- oder Minderheitsbeteiligungen an der operativ tätigen Gesellschaft soll dem hingegen nicht ausreichen.

Wenn eine Genossenschaft neben operativen Geschäftstätigkeiten zusätzlich Investitionen zu Anlagezwecken tätigt, z. B. in Immobilien, Beteiligungen oder andere Vermögensanlagen, so ist dies in Bezug auf eine Anwendung des KAGB solange unproblematisch, wie dies nicht die Haupttätigkeit ist.

Nach Auffassung des BAFIN können Genossenschaften somit dann in den Anwendungsbereich des KAGB fallen, wenn sie nicht oder nicht hauptsächlich operativ tätig sind. Hierbei wiederum ist bedeutsam, dass die BAFIN gegenwärtig bei ihrer Prüfung nicht von der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit der Genossenschaft ausgeht, sondern nur die Frage prüft, ob die Satzung der Genossenschaft theoretisch einen uneingeschränkten Beteiligungsbesitz ermöglicht. Denn wenn dieses der Fall sei, könne eine aufsichtspflichtige „Vermögensverwaltung“ nicht ausgeschlossen werden. Diese aber falle grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des KAGB. Demgemäß ist es ratsam, eine entsprechende Änderung der Satzung mit einer einschränkenden Regelung vorzunehmen.

Ob die Geschäftstätigkeit einer Genossenschaft den Anwendungsbereich des KAGB erfüllt, prüft und entscheidet die BAFIN im Einzelfall. Die Anwendung des Gesetzes wird dabei maßgeblich von der Verwaltungspraxis des BAFIN geprägt. Zu den Auslegungskriterien hat das BAFIN am 14. Juni 2013 ein Auslegungsschreiben veröffentlicht. Maßgeblich sind auch die ESMA-Richtlinien zu Schlüsselbegriffen, der FAQ-Katalog der EU-Kommission sowie die Gesetzesbegründung des KAGB.

Wenn eine Genossenschaft die vorgenannten sechs Tatbestandsvoraussetzungen kumulativ erfüllt und in den Anwendungsbereich des KAGB fällt, ist sodann zu prüfen, ob sie die Voraussetzungen der Erleichterungsvorschrift des § 2 Absatz 4 b KAGB erfüllt, welche wie folgt lauten:

- es handelt sich um eine Genossenschaft, die Mitglied eines genossenschaftlichen Prüfungsverbandes ist, nach dem GenG geprüft wird und in deren Satzung eine Nachschusspflicht ausgeschlossen sowie eine mindestens einjährige Kündigungsfrist vorgesehen ist;
- die Vermögensgegenstände der Genossenschaft überschreiten insgesamt nicht den Wert von 100 Millionen Euro,
- aufgrund gesetzlicher Regelungen, z. B. dem EEG, ist ein Mindestertrag aus der Nutzung des Vermögenswertes, in den die Genossenschaft direkt oder indirekt investiert hat, langfristig sichergestellt und
- die Genossenschaft hat nicht beschlossen, sich dem KAGB zu unterwerfen.

Genossenschaften, die diese Voraussetzungen des § 2 Absatz 4 b KAGB erfüllen, unterliegen gemäß § 44 Absatz 2-7 KAGB den folgenden Pflichten:

- sie müssen sich bei der BAFIN registrieren lassen;
- sie müssen die Geschäftsleiter benennen sowie deren Zuverlässigkeit und fachliche Eignung nachweisen;
- sie müssen sich und die zum Zeitpunkt der Registrierung verwalteten AIFs gegenüber der BAFIN ausweisen;
- sie müssen die BAFIN zum Zeitpunkt der Registrierung Informationen zur Anlagestrategie der Genossenschaft vorlegen und
- sie müssen die BAFIN regelmäßig, i. d. R. jährlich über die wichtigsten Instrumente, mit denen sie handeln, sowie die größten Risiken und die Konzentrationen der verwalteten AIFs informieren, um der BAFIN eine effektive Überwachung der Systemrisiken zu ermöglichen.

Genossenschaften, die in den Anwendungsbereich des KAGB fallen und nicht die Erleichterungsvoraussetzungen des § 2 Absatz 4 b KAGB erfüllen, unterliegen erheblichen Restriktionen:

- einem aufwendigen Zulassungsverfahren nach § 20 ff. KAGB,
- der Beschränkung, dass Investitionen in weniger als drei Anlagen nicht zulässig sind,
- einer Mindestbeteiligungssumme von 20.000,00 Euro,
- einer Beschränkung der Aufnahme von Fremdkapital auf höchstens 60 %,
- einer Prospektpflicht und
- einer strengen Rechtsformpflicht, nach der Genossenschaften nicht zugelassen sind, so dass im Regelfall ein Rechtsformwechsel erforderlich wird.

- einer strengen Rechtsformpflicht, nach der Genossenschaften nicht zugelassen sind, so dass im Regelfall ein Rechtsformwechsel erforderlich wird.

Verstöße gegen das KAGB sind strafbewehrt. Wer ohne Erlaubnis das Geschäft einer Kapitalverwaltungsgesellschaft betreibt, seine Tätigkeit nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig anzeigt oder ohne Registrierung das Geschäft einer AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft betreibt, macht sich gemäß § 339 KAGB strafbar.

Für Rückfragen, rechtliche Prüfungen, Satzungsanpassungen sowie die Begleitung beim Registrierungsverfahren gegenüber dem BAFIN stehen Ihnen Rechtsanwalt Dr. Thomas-Sönke Kluth und Rechtsanwältin Dr. Annette Kock-Schwarz gern unter Telefon 040 – 30 37 390 zur Verfügung.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Prüfungsverband der Deutschen  
Verkehrs-, Dienstleistungs- und  
Konsumgenossenschaften e. V.



Sven Mittelbach  
Wirtschaftsprüfer



Dr. Thomas Sönke Kluth  
Rechtsanwalt