

Mandanteninformation Nr. 3/2010

06.05.2010

Gesetzesentwurf zu geschlossenen Fonds: Für Vertrieb, Beratung und Vermittlung künftig § 32 KWG Zulassung erforderlich

Vor wenigen Tagen hat das Bundesfinanzministerium einen „Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes“ vorgelegt. Dieser Entwurf bestätigt die bereits in unserer Mandanteninformation Nr. 2/2010 veröffentlichte Prognose, wonach künftig weitere Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Vermögensanlagen, insbesondere auch Anteilen an geschlossenen Fonds, einer Erlaubnispflicht der BaFin unterliegen. Bei Inkrafttreten des Gesetzes hätte dies erhebliche Auswirkungen für die gesamte Branche „geschlossener Beteiligungen“ wie bspw. Beteiligungen an geschlossenen Immobilien- und Leasingfonds, aber auch für Private Equity und Venture Capital Beteiligungen. Solche Unternehmen, die bislang ausschließlich Anteile an geschlossenen Fonds vermitteln bzw. hinsichtlich des Erwerbes solcher Anteile beraten, werden daher eine Zulassung nach § 32 Abs. 1 KWG benötigen, da ihre Dienstleistung als Finanzdienstleistung im Sinne des KWG eingeordnet wird. Bisher benötigen solche Unternehmen lediglich eine Zulassung nach § 34c GewO. Von der geplanten Neuregelung sind daher alle Unternehmen betroffen, die bislang Anteile an geschlossenen Fonds, wie Immobilien-, Schiffs-, Flugzeug-, Solarenergie-, Private Equity Fonds etc. „vertreiben“ bzw. diesbezüglich beraten.

Im Ergebnis unterliegen diese Unternehmen damit in Zukunft in vollem Umfang dem Anwendungsbereich des KWG und WpHG.

Weiterhin sieht der Diskussionsentwurf u.a. besondere Qualifikationsanforderungen für (angestellte) Anlageberater vor, die für ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen tätig sind sowie eine erweiterte Prüfung von Prospekten geschlossener Fonds durch die BaFin. Die wesentlichen Neuerungen dürfen wir Ihnen im Folgenden zusammenfassen:

1. Qualifikation von Anteilen an geschlossenen Fonds als Finanzinstrument

Anteile bzw. Beteiligungen an geschlossenen Fonds gelten nach dem Diskussionsentwurf künftig als Finanzinstrumente im Sinne des WpHG und des KWG. Diese Qualifikation wird rechtstechnisch durch eine Erweiterung des Begriffes „Finanzinstrument“ auch für „Anteile an Vermögensanlagen, für die eine Prospektpflicht nach § 8f des VerkaufsprospektG besteht“ erreicht. Der Begriff der „Anteile“ im Sinne des § 8f VerkaufsprospektG ist umfassend zu verstehen. Hierunter fallen Unternehmensbeteiligungen an Personenhandelsgesellschaften zum Zwecke der Kapitalanlage, GmbH-Anteile, Anteile an BGB-Gesellschaften, stille Beteiligungen an diesen Gesellschaften oder an bestimmten Vermögensmassen solcher Gesellschaften sowie Beteiligungen an ausländischen Unternehmen anderer Rechtsformen. Soweit diese Anteile im Inland „öffentlich angeboten“ werden, handelt es sich damit um Anteile im Sinne des § 8f VerkaufsprospektG und damit um dem KWG und dem WpHG unterliegende Finanzinstrumente.

Künftig wäre eine Vermittlung von Beteiligungen an geschlossenen Fonds oder die sich auf diese Beteiligungen beziehende Beratung nur noch dann erlaubt, wenn der Vermittler bzw. Berater über eine Zulassung als Finanzdienstleistungsinstitut verfügt. Will das Unternehmen auf eine solche Zulassung als Finanzdienstleistungsinstitut verzichten, kann es als sog. „gebundener Vermittler“ unter einem sog. „Haftungsdach“ im Namen und Auftrag eines anderen Finanzdienstleistungsinstitutes tätig sein. Der Entwurf sieht eine Übergangsvorschrift für solche Unternehmen vor, die bislang geschlossene Fonds vermittelt haben und hierfür eine Erlaubnis nach § 34c GewO besitzen. Sofern diese Unternehmen innerhalb von 6 Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes (der konkrete Zeitpunkt ist noch offen) einen Erlaubnisantrag als Finanzdienstleistungsinstitut bei der BaFin stellen, können sie ihre Tätigkeit ohne vorliegende Erlaubnis fortsetzen, bis über ihren Antrag entschieden wurde.

Weiterhin möglich ist die erlaubnisfreie Vermittlung von Anteilen an Investmentfonds gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 8 KWG, sofern das betreffende Unternehmen lediglich die Anlageberatung und die Anlage- und Abschlussvermittlung bzgl. dieser Anteile erbringt.

2. Kurzinformativblätter und Qualifikationspflicht für Mitarbeiter in der Anlageberatung

Der Entwurf sieht ferner eine Verschärfung der Informationspflichten des erlaubnispflichtigen Finanzdienstleistungsinstitutes bzw. Wertpapierdienstleistungsunternehmens im Vorfeld einer Anlageberatung vor: alle Wertpapierdienstleistungsunternehmen, zu denen künftig dann auch Unternehmen mit Vertriebsaktivitäten bezüglich geschlossener Fonds zählen, müssen ihren Kunden zukünftig „rechtzeitig vor dem Abschluss eines Geschäftes über Finanzinstrumente“ ein kurzes und leicht verständliches Dokument über das jeweilige Finanzinstrument zur Verfügung stellen. Das Kurzinformativblatt, das also auch bei geschlossenen Fonds verwendet werden muss, soll höchstens 2 DIN-A4 Seiten umfassen und erforderliche Risiko- und Kostendarstellungen enthalten.

Ein (angestellter) Mitarbeiter eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens darf überdies künftig nur dann in der Anlageberatung tätig sein, wenn er

1. sachkundig ist,
2. über die für die Tätigkeit (also Anlageberatung) erforderliche Zuverlässigkeit verfügt und
3. in geordneten Vermögensverhältnissen lebt.

Die weiteren Einzelheiten sind in einem Verordnungsentwurf beschrieben. Die betroffenen Mitarbeiter müssen sich einer entsprechenden „Fortbildung“ unterziehen. Der Entwurf der Verordnung sieht allerdings vor, dass Mitarbeiter mit einem Hochschulabschluss in Rechtswissenschaften bzw. Betriebswirtschaft und Absolventen einer Bank- oder Sparkassenakademie grundsätzlich die erforderliche Sachkunde besitzen. Sie benötigen also nicht den Nachweis einer Fortbildung. Entsprechende Qualifikationspflichten werden auch für Vertriebsbeauftragte und Compliance-Beauftragte gefordert, für die die gleichen Vermutungen hinsichtlich der Sachkunde bei einer nachgewiesenen abgeschlossenen Ausbildung gelten.

Sofern Mitarbeiter die erforderlichen Voraussetzungen für die betreffenden Tätigkeiten nicht erfüllen, kann die BaFin dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen untersagen, den betreffenden Mitarbeiter weiterhin in der Anlageberatung bzw. als Compliance-Mitarbeiter einzusetzen. Ein Verstoß gegen die Vorschriften hinsichtlich der Qualifikation stellt eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des WpHG dar. Die Sachkunde kann auch durch eigene Schulungen vermittelt werden. Eine Sachkundeprüfung ist nicht vorgesehen.

Für die Beschäftigung von Mitarbeitern, die die Anforderung nicht erfüllen, gilt eine Übergangsfrist von 6 Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes. Schließlich sieht der Entwurf eine Registrierungspflicht bei der BaFin für Anlageberater, Vertriebsverantwortliche und Compliance-Beauftragte vor.

3. Ausweitung der Überprüfung von Prospekten geschlossener Fonds durch die BaFin

Die Prospekte geschlossener Fonds müssen Angaben darüber enthalten, ob der Verkaufsprospekt von einem Wirtschaftsprüfer gutachterlich beurteilt wurde. Ferner sind zwingende Angaben zu dem Hintergrund der Fondsiniciatoren vorgesehen. Zu diesen zwingenden Informationen zählen beispielsweise detaillierte Angaben über eine eventuelle Insolvenz des Fondsiniciators sowie Verfügungen der BaFin, die die Erlaubnis des Fondsiniciators betreffen. Die geplanten Änderungen führen zu einer Anpassung der für geschlossene Fonds einschlägigen Vermögensanlagen- und Verkaufsprospektverordnung.

4. Verjährungsfristen

Das Gesetzesvorhaben sieht zudem eine Aufhebung der kurzen Sonderverjährungsfristen für Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Angaben in Prospekten vor. Diese Sonderverjährungsfristen gelten bislang für Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Angaben in Prospekten für übertragbare Wertpapiere und für fehlerhafte Angaben in Prospekten geschlossener Fonds. Hier sollen künftig die allgemeinen Verjährungsfristen des BGB und nicht mehr die verkürzten Verjährungsfristen des § 46 BörsG gelten.

5. Sonstiges:

Ungedekte Leerverkäufe von Aktien, die an einer inländischen Börse zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind, werden verboten. Für sogenannte „gedeckte Leerverkäufe“ werden besondere Transparenzpflichten vorgesehen. Ob es angesichts der Griechenland-Krise noch zu einem Verbot ungedeckter Leerverkäufe von Anleihen kommen wird, bleibt abzuwarten.

Zusammenfassung:

Der Kapitalmarktbereich wird weiter reguliert. Der Vertrieb von Anteilen an geschlossenen Fonds bedarf künftig einer Zulassung nach § 32 KWG. Solche Unternehmen, die bislang keine Erlaubnis nach § 32 KWG haben, müssen also für ihre Zulassung u.a. den Nachweis der erforderlichen fachlichen Eignung des künftigen Geschäftsführers (und der Sachkunde eventueller Aufsichtsratsmitglieder) und den gesetzlich geforderten Mindestkapitalnachweis erbringen. Bei einer Entscheidung über einen Erlaubnis Antrag sind auch die Folgekosten einer Zulassung wie der Pflichtbeitrag zur Entschädigungseinrichtung der Wertpapierdienstleistungsunternehmen und die jährlichen Prüfungskosten/Kosten des Jahresabschlusses zu berücksichtigen. Wegen der Ausweitung des Begriffes „Finanzinstrument“ auf Anteile an geschlossenen Fonds gelten daher im Falle des Inkrafttretens des Gesetzes in vollem Umfang die Verhaltenspflichten, Organisationspflichten und Transparenzpflichten der §§ 31 ff. WpHG. Somit gelten die Protokollierungspflichten für die Anlageberatung sowie die Aufdeckungspflichten erhaltener Zuwendungen (Kick-Backs) des WpHG künftig in vollem Umfange auch für Anteile an geschlossenen Fonds. Die inhaltliche Prüfung von Beteiligungsangeboten an geschlossenen Fonds durch die BaFin wird ausgeweitet. Durch die Abschaffung der Sonderverjährungsvorschriften bei Prospekten wird eine Anpassung an das allgemeine (dreijährige) Verjährungsrecht des BGB erreicht.

Ansprechpartner:

Balzer Kühne Lang Rechtsanwälte • Rheinwerkallee 6 • 53227 Bonn

Dr. Volker Lang
Tel.: 0228 / 94594514
lang@balzerkuehnelang.de

Dr. Peter Balzer
Tel.: 0228 / 94594513
balzer@balzerkuehnelang.de

Andreas Otto Kühne
Tel.: 0228 / 94594512
kuehne@balzerkuehnelang.de