Kapitalanlagegesetzbuch: KAGB

Weitnauer / Boxberger / Anders

3. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-74217-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

(5) [1] **Der Informationsaustausch nach den Absätzen 1 bis 3 schließt die Übermittlung der personenbezogenen Daten ein, die zur Erfüllung der Aufgaben der empfangenden Stelle erforderlich sind.** [2] **Zur Erfüllung ihrer Aufgaben dürfen die Bundesanstalt und die Deutsche Bundesbank vereinbaren, dass gegenseitig die bei der anderen** [3] **Stelle jeweils gespeicherten Daten im automatisierten Verfahren abgerufen werden dürfen.** [4] **Im Übrigen gilt § 7 Absatz 4 und 5 des Kreditwesengesetzes entsprechend.**

I. Allgemeines

Die Aufsicht über Kapitalverwaltungsgesellschaften obliegt gemäß § 5 allein der **BaFin,** die allerdings nach § 9 eng mit den europäischen Aufsichtsbehörden, insbesondere der ESMA zusammen zu arbeiten hat und teilweise auch deren Weisungen unterliegt.[1] Demgegenüber sieht das KAGB, ebenso wie bislang das InvG und anders als das Kreditwesengesetz[2], keine Einbeziehung der Deutschen Bundesbank bei dieser Aufsicht, sondern lediglich einen Informationsaustausch vor. Damit die **Deutsche Bundesbank** ihren volkwirtschaftlichen Aufgaben gem. § 3 des Bundesbankgesetzes[3] wie insbesondere der Sicherstellung der Stabilität des Finanzsystems nachkommen kann, hat die BaFin ihr Informationen und auch Unterlagen, die sie aufgrund ihrer Aufsichtstätigkeit erhält, zur Verfügung zu stellen.[4] Entsprechend teilt die Deutsche Bundesbank der BaFin Erkenntnisse mit, die für deren Aufsichtstätigkeit von Bedeutung sind. Die **gegenseitige Unterrichtung** ist unbedenklich, weil Bundesbank und BaFin einschließlich ihrer Bediensteten jeweils einer Geheimhaltungspflicht nach § 32 BBankG bzw. § 8 unterliegen.[5] § 13 Absätze 1 bis 4 übernehmen insoweit die Regelung des aufgehobenen § 18 Absatz 1 InvG und weiten den Umfang der Informationen, die der Deutschen Bundesbank durch die BaFin zur Verfügung gestellt werden, auf die Meldepflichten für AIF-Verwaltungsgesellschaften gemäß § 35 und Berichte der geschlossenen Investmentvermögen aus. Absatz 5 übernimmt den Wortlaut des entfallenen § 18 Abs. 2 InvG. **1**

BECK SHOP.DE
DIE FACHBUCHHANDLUNG

II. Der Regelungsgehalt im Einzelnen

Absatz 1 entspricht der Regelung des § 7 Abs. 3 KWG und erlegt beiden Behörden nach Maßgabe der 3 bis 5 Pflichten zur gegenseitigen Unterrichtung auf, und zwar auch über Tatsachen, die außerhalb des KAGB liegende Pflichten der BaFin oder der Deutschen Bundesbank betreffen. Der geforderte **Informationsaustausch** erfasst Beobachtungen, dh Ergebnisse der Wahrnehmung von Sachverhalten, und Feststellungen, dh Ergebnisse von Sachverhaltsüberprüfungen, soweit diese für die jeweilige Aufsichtstätigkeit erforderlich sind[6] sowie die Wei- **2**

[1] Vgl. dazu etwa § 11 Abs. 9 und 10.

[2] Nach § 7 KWG (BGBl. 1998 I S. 2776) arbeiten BaFin und die Deutsche Bundesbank nach Maßgabe des KWG zusammen; dabei umfasst die Zusammenarbeit auch die laufende Überwachung der Institute durch die Deutsche Bundesbank.

[3] Gem. § 3 BBankG ist die Deutsche Bundesbank als Zentralbank der Bundesrepublik Deutschland integraler Bestandteil des Europäischen Systems der Zentralbanken. Sie wirkt an der Erfüllung seiner Aufgaben mit dem vorrangigen Ziel mit, die Preisstabilität zu gewährleisten, hält und verwaltet die Währungsreserven der Bundesrepublik Deutschland, sorgt für die bankmäßige Abwicklung des Zahlungsverkehrs im Inland und mit dem Ausland und trägt zur Stabilität der Zahlungs- und Verrechnungssysteme bei.

[4] BT/*Steffen* § 13 Rn. 4; HK-InvestmentR/*Friebel* § 13 Rn. 2.

[5] BSV Investment-HdB/*Beckmann* § 13 Rn. 15.

[6] BT/*Steffen* § 13 Rn. 5 ff.; HK-InvestmentR/*Friebel* § 13 Rn. 3 f.

terleitung von Unterlagen.[7] Davon unberührt bleiben die Vorschriften der **Amtshilfe** gem. Art. 35 GG bzw. § 4 VwVfG; diese setzen indes ein entsprechendes Ersuchen voraus, während die Mitteilungspflichten nach Absatz 1 von sich aus zu erledigen sind.[8]

3 Absatz 2 nennt diejenigen anzeigepflichtigen Sachverhalte, in denen die BaFin die Deutsche Bundesbank nicht nur informieren muss, sondern ihr auch die der BaFin insoweit überlassenen **Unterlagen** unabhängig von einer entsprechenden Anfrage zur Verfügung zu stellen hat. Grund hierfür ist, dass die Deutsche Bundesbank nicht selbst Adressatin der in Abs. 2 genannten Anzeigen ist. Sie kann ihren Aufgaben daher nur gerecht werden, wenn ihr die BaFin die entsprechenden Unterlagen weiterreicht.[9] Zu beachten ist, dass die Aufzählung der anzeigepflichtigen Sachverhalte in Absatz 2 nicht abschließend ist.[10]

4 Absatz 3 stellt klar, dass die Deutsche Bundesbank insbesondere **Statistikangaben** an die BaFin weiterzuleiten hat, die sie nach § 18 des BBankG auf dem Gebiet des Bank- und Geldwesens bei allen Kreditinstituten, Kapitalverwaltungsgesellschaften und extern verwalteten Investmentgesellschaften erhebt.[11] Hierzu hat die Deutsche Bundesbank am 26.11.2013 eine Mitteilung Nr. 8003/2013 zur **Änderung bankstatistischer Meldepflichten** erlassen, die am 9.12.2013 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht wurde.[12] Nach dieser Mitteilung sind meldepflichtig zur Statistik über Investmentvermögen alle Kapitalverwaltungsgesellschaften und extern verwalteten Investmentgesellschaften, die der Bundesbank für jedes von ihnen neu aufgelegte und bestehende Investmentvermögen eine statistische Meldung abzugeben haben. Die aufsichtsrechtlichen Ausnahmeregelungen des KAGB für bestimmte Verwaltungsgesellschaften finden keine Anwendung, dh die statistischen Berichtspflichten gelten vollumfänglich für alle offenen und geschlossenen Investmentvermögen nach § 1 KAGB. Mit der neuen Anordnung wurde die bisherige Bezeichnung „Statistik über Investmentfonds" in **„Statistik über Investmentvermögen"** geändert, um dem erweiterten Inhalt der Statistik und der mit dem KAGB geänderten Terminologie Rechnung zu tragen. Die monatlichen Meldungen sind bis zum 5. Geschäftstag des auf den Berichtsmonat folgenden Monats einzureichen. Die Meldungen sind nach einem von der Bundesbank vorgeschriebenen Schema elektronisch über das Bundesbank-Extranet zu übermitteln. Diese Vorlagen können auf der Homepage der Bundesbank unter www.bundesbank.de unter dem Stichwort „Statistik über Investmentfonds" abgerufen werden.

5 Die Absätze 4 und 5 regeln schließlich das Verfahren des Informationsaustausches, das automatisiert erfolgen und auch personenbezogene Daten enthalten kann. Durch den Verweis auf § 7 Abs. 4 und 5 KWG wird indes klargestellt, dass für den **Datenabruf** im automatisierten Verfahren und für die Einrichtung gemeinsamer Dateien datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten sind.[13]

BEACK'SCHE ONLINE-DATENBANK
SELFPUBLISHING-DATENBANK

---

[7] BSV Investment-HdB/*Beckmann* § 13 Rn. 25 f.
[8] HK-InvestmentR/*Friebel* § 13 Rn. 5.
[9] EDD/*Distler/Dreibus* § 13 Rn. 1.
[10] HK-InvestmentR/*Friebel* § 13 Rn. 7.
[11] Statistikerhebungen erfolgen zudem nach Art 5 der Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank und nach der VO (EG) 2533/98. Daraus resultierende Ergebnisse können ebenfalls der BaFin mitgeteilt werden; vgl. BT/*Steffen* § 13 Rn. 11; EDD/*Distler/Dreibus* § 13 Rn. 11.
[12] Abrufbar unter www.bundesanzeiger.de.
[13] BT/*Steffen* § 13 Rn. 14; HK-InvestmentR/*Friebel* § 13 Rn. 6. Zu den Einzelheiten vgl. BFS/*Lindemann* § 7 Rn. 11; Schwennicke/Auerbach/*Habetha* § 7 KWG Rn. 27 ff.

Auskünfte und Prüfungen

14 **[1] Kapitalverwaltungsgesellschaften, extern verwaltete Investmentgesellschaften, Gesellschaften in den sonstigen nach diesem Gesetz zulässigen Rechtsformen für Investmentvermögen, die an ihnen jeweils bedeutend beteiligten Inhaber und Verwahrstellen haben der Bundesanstalt Auskünfte entsprechend § 44 Absatz 1 und 6 sowie § 44b des Kreditwesengesetzes zu erteilen. [2] Der Bundesanstalt stehen die in § 44 Absatz 1 und § 44b des Kreditwesengesetzes genannten Prüfungsbefugnisse entsprechend zu.**

I. Allgemeines

Damit die BaFin ihre Aufsichtspflichten erfüllen kann, muss sie die hierfür erforderlichen Informationen erhalten. Das erfolgt zum einen durch Berichte des Abschlussprüfers nach § 38 iVm § 26 KWG für Kapitalverwaltungsgesellschaften bzw. nach § 102 für Sondervermögen. Dies geschieht jedoch nur an bestimmten Stichtagen. Durch § 14 soll daher gewährleistet werden, dass die BaFin auch **stichtagsunabhängig informiert** wird.[1] Die Vorschrift übernimmt mit redaktionellen Anpassungen den Wortlaut des aufgehobenen § 19g InvG und dient zudem der weiteren Umsetzung von Artikel 98 Absatz 2 Buchstabe m der Richtlinie 2009/65/EG sowie Artikel 46 Absatz 2 lit. c und m der AIFM-Richtlinie. **1**

II. Zum Regelungsgehalt im Einzelnen

Geregelt werden die **Auskunftspflichten** der Kapitalverwaltungsgesellschaften, der extern verwalteten Investmentgesellschaften, der Gesellschaften in den sonstigen nach dem KAGB zulässigen Rechtsformen sowie der an ihnen jeweils bedeutend beteiligten Inhaber im Sinne von § 19 als auch der Verwahrstellen gemäß § 68 Abs. 2 bzw. § 80 Abs. 2 gegenüber der BaFin sowie das entsprechende **Prüfungsrecht** derselben. Aufgrund der Verweisung zu § 44 Abs. 1 in Verbindung mit § 44b KWG steht der BaFin ein umfassendes Auskunfts- und Prüfungsrecht zu, und zwar bezüglich **sämtlicher Geschäftsangelegenheiten** der Verpflichteten.[2] Erfragt und geprüft werden können damit Tatsachen ebenso wie Beurteilungen und sonstige subjektive Einschätzungen, soweit diese für die Beaufsichtigung relevant sein können.[3] Die Auskunftspflichten werden regelmäßig von den gesetzlichen Vertretern erfüllt; sie können aber auch von anderen vertretungsberechtigten Personen und sogar von Mitarbeitern oder Beauftragten wahrgenommen werden.[4] Auskunftspflichtig sind jedoch nur die Organe der in § 14 Satz 1 genannten Personen.[5] Soweit verlangt, müssen auch ersuchte Unterlagen vorgelegt werden.[6] **2**

Mit, aber auch ohne besonderen Anlass kann die BaFin oder eine von ihr beauftragte Person oder Einrichtung die nach § 14 Verpflichteten sowie sog. Auslagerungsunternehmen,[7] auf die wesentliche Aktivitäten und Prozesse im **3**

[1] BSV Investment-HdB/*Beckmann* § 14 Rn. 2; BT/*Steffen* § 14 Rn. 2 ff.
[2] BT/*Steffen* § 14 Rn. 6 ff. mit ausführlichen Erläuterungen zum Umf. von Auskunfts- und Prüfungsrecht.
[3] Schwennicke/Auerbach/*Schwennicke* § 44 KWG Rn. 7.
[4] BT/*Steffen* § 14 Rn. 3; HK-InvestmentR/*Friebel* § 14 Rn. 5; aA offenbar BSV Investment-HdB/*Beckmann* § 14 Rn. 15 f.
[5] AWZ/*Wieland* § 14 Rn. 8.
[6] EDD/*Distler/Emde* § 14 Rn. 1 ff. mit eingehender Begründung. Zu den Einzelheiten vgl. BSV Investment-HdB/*Beckmann* § 14 Rn. 60 ff.
[7] BT/*Steffen* § 13 Rn. 14.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Sinne von § 25a Abs. 2 KWG ausgelagert sind, überprüfen. Hierzu können Geschäftsräume betreten und besichtigt werden; dies ist zu dulden und geforderte Unterlagen sind vorzulegen. Prüfungsvoraussetzung ist allerdings, dass die BaFin gegenüber dem zu Prüfenden eine **Prüfungsanordnung** erlassen hat, in der sie den Prüfungsgegenstand konkretisiert.[8] Die Kosten einer solchen Prüfung sind von dem Geprüften nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 FinDAG der BaFin zu erstatten und auf Verlangen sogar vorzuschießen.[9] Gegenüber Auslagerungsunternehmen hat die BaFin jedoch kein eigenes Recht auf Erteilung von Auskünften und Vorlage von Unterlagen, so dass dies im Auslagerungsvertrag gesondert vereinbart werden muss.[10]

4 Nach § 44 Abs. 6 bzw. § 44b Abs. 3 KWG dürfen die zur Auskunft verpflichteten Personen die **Auskunft verweigern,** soweit sie sich selbst oder einen nach § 383 Abs. 1 Nr. 1–3 ZPO bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem OWiG aussetzen würden; Ahndungen nach KAGB begründen demgegenüber kein Auskunftsverweigerungsrecht.[11]

5 Auskunftsersuchen ebenso wie Prüfungsanordnungen der BaFin im Sinne von § 14 sind belastende Verwaltungsakte, die mit Widerspruch und Anfechtungsklage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht angegriffen werden können, die aber nach § 7 **keine aufschiebende Wirkung** haben. Nach § 340 Abs. 2 Nr. 2 und 3 handelt ordnungswidrig, wer entgegen Satz 1 eine Auskunft nicht korrekt erteilt oder nach Satz 2 eine Prüfungsmaßnahme nicht duldet; dies kann mit einer Geldbuße bis zu 1 Mio. bzw. 5 Mio. EUR oder mit einer prozentualen Abschöpfung des Umsatzes bestraft werden.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Einschreiten gegen unerlaubte Investmentgeschäfte

15 (1) **Wird die kollektive Vermögensverwaltung ohne die erforderliche Registrierung nach § 44 oder ohne die erforderliche Erlaubnis nach §§ 20, 21 oder 22 oder nach Artikel 6 der Richtlinie 2009/65/EG oder der Richtlinie 2011/61/EU betrieben oder werden neben der kollektiven Vermögensverwaltung die in § 20 Abs. 2 oder 3 aufgeführten Dienstleistungen oder Nebendienstleistungen ohne die Erlaubnis nach §§ 20, 21 oder 22 oder nach Artikel 6 der Richtlinie 2009/65/EG erbracht (unerlaubtes Investmentgeschäft), kann die Bundesanstalt hiergegen einschreiten.**

(2) [1] **Im Fall des Absatzes 1 kann die Bundesanstalt**

1. **die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs und die unverzügliche Abwicklung dieser Geschäfte gegenüber dem Unternehmen sowie gegenüber seinen Gesellschaftern und den Mitgliedern seiner Organe anordnen; bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften stehen ihr auch die in § 38 Absatz 1 und 2 des Kreditwesengesetzes genannten Rechte zu;**
2. **für die Abwicklung Weisungen erlassen und**
3. **eine geeignete Person als Abwickler bestellen.**

[2] **Die Bundesanstalt kann ihre Maßnahmen nach den Nummern 1 bis 3 bekannt machen; personenbezogene Daten dürfen nur veröffentlicht werden, soweit dies zur Gefahrenabwehr erforderlich ist.**

---

[8] HK-InvestmentR/*Friebel* § 14 Rn. 7.
[9] EDD/*Distler/Emde* § 14 Rn. 19.
[10] AWZ/*Wieland* § 14 Rn. 23 f.
[11] BT/*Steffen* § 14 Rn. 21; BSV Investment-HdB/*Beckmann* § 14 Rn. 170 f.

(3) **Die Befugnisse der Bundesanstalt nach den Absätzen 1 und 2 bestehen auch gegenüber einem Unternehmen, das in die Anbahnung, den Abschluss oder die Abwicklung dieser Geschäfte einbezogen ist, sowie gegenüber seinen Gesellschaftern und den Mitgliedern seiner Organe.**

(4) **Der Abwickler ist zum Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmens berechtigt.**

(5) [1] **Der Abwickler erhält von der Bundesanstalt eine angemessene Vergütung sowie Ersatz seiner Aufwendungen.** [2] **Das betroffene Unternehmen hat der Bundesanstalt die gezahlten Beträge gesondert zu erstatten; auf Verlangen der Bundesanstalt hat es für die nach Satz 1 erforderlichen Beträge einen Vorschuss zu leisten.** [3] **Die Bundesanstalt kann das betroffene Unternehmen anweisen, den von der Bundesanstalt festgesetzten Betrag im Namen der Bundesanstalt unmittelbar an den Abwickler zu leisten, wenn dadurch keine Beeinflussung der Unabhängigkeit des Abwicklers zu besorgen ist.**

Übersicht

	Rn.
I. Allgemeines	1
II. Die Regelungen im Einzelnen	4
1. Einschreiten der BaFin	4
2. KWG-Zulassung und KAGB-Registrierung?	7
3. Die Eingriffsbefugnisse im Einzelnen	9
4. Insolvenzantragsrecht des Abwicklers	12

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

I. Allgemeines

Der Geschäftsbetrieb einer Kapitalverwaltungsgesellschaft bedarf nach § 20 Abs. 1 der schriftlichen **Erlaubnis** der BaFin („Volllizenz"); dabei gelten für die Verwaltung von OGAW-Fonds und AIF nach §§ 21 und 22 jeweils unterschiedliche Erlaubnisverfahren. Neben der kollektiven Vermögensverwaltung, worunter nach § 1 Abs. 19 Nr. 24 die Portfolioverwaltung, das Risikomanagement, administrative Tätigkeiten, der Vertrieb von eigenen Investmentanteilen sowie bei AIF Tätigkeiten im Zusammenhang mit den Vermögensgegenständen des AIF zu verstehen sind, kann eine Erlaubnis nach § 20 Abs. 2 oder 3 auch andere Dienstleistungen oder Nebendienstleistungen umfassen, etwa die Anlageberatung nach § 1 Abs. 1a Nr. 1a KWG oder die Finanzportfolioverwaltung im Sinne von § 1 Abs. 1a Nr. 3 KWG. **1**

Für sogenannte „kleine" Kapitalverwaltungsgesellschaften im Sinne von § 2 Abs. 4 und 4a, bei denen aufgrund ihrer Größe und der Höhe des von ihnen verwalteten Vermögens eine umfängliche Anwendung des KAGB nicht angemessen erscheint, besteht – alternativ zur einer freiwilligen Beantragung einer Erlaubnis gemäß § 20 (sog. „Opt-in") – die Möglichkeit einer bloßen **Registrierung** im Sinne von §§ 44 ff., die lediglich regelmäßige Berichtspflichten gegenüber der BaFin nach sich zieht, die jedoch etwa keinen europaweiten Anteilsvertrieb erlaubt. Ähnliches gilt für sog. „kleine" Publikums-AIFM im Sinne von § 2 Abs. 5, die indes neben den Registrierungs- und Berichtspflichten besondere Verhaltens- und Organisationspflichten erfüllen müssen und insbesondere dem Verwahrstellenerfordernis nach § 80 unterliegen.[1] **2**

Verstößt eine Kapitalverwaltungsgesellschaft gegen dieses grundsätzliche Verbot der Geschäftstätigkeit ohne Erlaubnis oder Registrierung, gestattet § 15 zum **3**

[1] Sog. „Regulierung light", vgl. *Boxberger* GWR 2013, 415 ff.

Schutz der Anleger sowie der Funktionsfähigkeit und Stabilität des Finanzsystems ein Einschreiten der BaFin.[2]

II. Die Regelungen im Einzelnen

1. Einschreiten der BaFin

4 **Absatz 1** definiert den Begriff „unerlaubtes Investmentgeschäft" und regelt die **Eingriffsbefugnisse**[3] der BaFin gegen solche unerlaubten Investmentgeschäfte vorzugehen; enthalten sind insoweit die Regelungen des aufgehobenen § 17c InvG. Die BaFin kann Maßnahmen nach Satz 1 ergreifen, wenn eine Kapitalverwaltungsgesellschaft ohne die nach § 44 Abs. 1 erforderliche Registrierung oder ohne die nach § 20, 21 oder 22 erforderliche Erlaubnis **kollektive Vermögensverwaltung** im Inland erbringt. Gleiches gilt, wenn eine EU- oder eine ausländische Verwaltungsgesellschaft ohne die nach Artikel 6 der OGAW-Richtlinie oder der AIFM-Richtlinie erforderliche Erlaubnis die kollektive Vermögensverwaltung im Inland anbietet. Weiterhin stehen der BaFin die Eingriffsbefugnisse auch dann zu, wenn diese Gesellschaften neben der kollektiven Vermögensverwaltung die in § 20 Abs. 2 und 3 aufgeführten **Dienstleistungen** oder **Nebendienstleistungen** ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis erbringen.[4]

5 Zudem sieht Satz 1 auch Eingriffsbefugnisse der BaFin für den Fall vor, dass ein Unternehmen, das keine Kapitalverwaltungsgesellschaft, EU-Verwaltungsgesellschaft oder ausländische AIF-Verwaltungsgesellschaft ist, die kollektive Vermögensverwaltung oder neben der kollektiven Vermögensverwaltung die in § 20 Abs. 2 und 3 aufgeführten Dienstleistungen oder Nebendienstleistungen unerlaubt im Inland erbringt. § 15 ermächtigt die BaFin folglich dazu, auch gegen solche inländischen Gesellschaften vorzugehen, die nach ihrer Rechtsform zwar nicht als Kapitalverwaltungsgesellschaft zu qualifizieren sind und somit keine Erlaubnis bekommen können, die jedoch im Inland die kollektive Vermögensverwaltung erbringen **(materieller Investmentfondsbegriff);** diese Unternehmen sind in diesem Fall unerlaubt tätig. Die Eingriffsbefugnisse der BaFin sind bereits dann gegeben, wenn Teilakte der kollektiven Vermögensverwaltung, die nach § 20 Abs. 2 auch den Vertrieb eigener Vermögensanteile umfasst, erbracht werden.[5]

6 Erbringt ein Unternehmen Dienstleistungen oder Nebendienstleistungen nach § 20 Abs. 2 und 3, nicht jedoch zusätzlich die kollektive Vermögensverwaltung, stehen der BaFin demgegenüber nicht die Eingriffsbefugnisse nach dieser Vorschrift, sondern nach § 37 KWG zu, da der Anwendungsbereich des KAGB insoweit nicht eröffnet ist. Der BaFin stehen die Eingriffsbefugnisse nach Satz 1 auch dann nicht zu, wenn beispielsweise eine EU-OGAW-Verwaltungsgesellschaft ohne die erforderliche Anzeige nach § 49 Abs. 1 **(Gesellschaftspass)** oder nach § 309 f. **(Produktpass)** Anteile oder Aktien an EU-OGAW im Inland vertreibt, jedoch die Erlaubnis ihres Herkunftsmitgliedstaates zur kollektiven Vermögensverwaltung besitzt. In diesem Fall greifen die Eingriffsbefugnisse nach § 5 Abs. 6 bzw. § 311 Absätze 1 bis 6 KAGB.[6]

---

[2] BT/*Schubert* § 15 Rn. 1 ff.

[3] Hierzu ausf. → Rn. 7 sowie HK-InvestmentR/*Ernst* § 15 Rn. 4 ff.; BSV Investment-HdB/*Beckmann,* 405, § 15 Rn. 30 ff.

[4] BT/*Schubert* § 15 Rn. 37.

[5] HK-InvestmentR/*Ernst* § 15 Rn. 8; BT/*Schubert* § 15 Rn. 25 ff.

[6] BT/*Schubert* § 15 Rn. 37.

2. KWG-Zulassung und KAGB-Registrierung?

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine Eingriffsbefugnis der BaFin auch dann besteht, wenn ohne Erlaubnis nach §§ 20 ff., aber mit Registrierung nach § 44 Dienstleistungen oder Nebenleistungen im Sinne von § 20 Abs. 2 oder 3 angeboten werden. Das wäre für diejenigen Unternehmungen interessant, die zB über eine **KWG-Zulassung** zur Erbringung von Finanzdienstleistungen nach § 1 Abs. 1a KWG verfügen und keine Volllizenz nach KAGB beantragen möchten, sondern eine **Registrierung** nach § 44 anstreben. Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 in der Fassung des Gesetzesentwurfs vom 6.2.2013[7] wäre eine Registrierung nach § 44 für das Betreiben der in § 20 Abs. 2 oder 3 genannten Dienstleistungen oder Nebendienstleistungen insoweit ausreichend gewesen. Der Wortlaut dieser Vorschrift wurde indes im Gesetzgebungsverfahren auf Betreiben des BT-Finanzausschusses modifiziert und erhielt die heutige Fassung. In den Erwägungen heißt es dazu, dass die in § 20 Abs. 2 oder 3 aufgeführten Dienstleistungen oder Nebendienstleistungen neben der kollektiven Vermögensverwaltung nur mit KAGB-Erlaubnis erbracht werden dürften, mit einer bloßen Registrierung sei ihre Erbringung unzulässig. Registrierte Kapitalverwaltungsgesellschaften müssten folglich von der Opt-in Möglichkeit Gebrauch machen und eine Erlaubnis beantragen.[8] **7**

Eine Begründung für die vom BT-Finanzausschuss vertretene Auffassung fehlt indes. Gegen sie spricht, dass nach § 2 Abs. 2 etwa Finanzdienstleistungsinstitute, die über eine KWG-Zulassung verfügen, für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen nach § 2 Abs. 3 WpHG für AIF keiner KAGB-Erlaubnis bedürfen; analog hierzu könnte auch für die Erbringung von Finanzdienstleistungen nach § 1 Abs. 1a KWG die KWG-Erlaubnis ausreichend sein. Dagegen spricht indes die Systematik innerhalb des KAGB und dessen Stellung als **lex specialis** gegenüber dem KWG:[9] In der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 1 Nr. 3b und Abs. 6 Satz 1 Nr. 5a KWG ist niedergelegt, dass sofern Gesellschaften ausschließlich Dienst- oder Nebenleistungen nach dem KAGB erbringen, dessen Anwendungsbereich eröffnet und das KAGB gegenüber dem KWG lex specialis ist. Folglich werden Rechte und Pflichten von Kapitalanlagegesellschaften allein nach dem KAGB geregelt. Nach der Übergangsvorschrift des § 64q Abs. 2 KWG, derzufolge auf Finanzdienstleistungsinstitute, die durch die Änderung des § 1 KWG und das Inkrafttreten des KAGB als Kapitalverwaltungsgesellschaften im Sinne des § 17 oder als Anteile an Investmentvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 gelten, ist das KWG zudem nur bis zur Stellung eines Erlaubnisantrages gemäß § 22 oder, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 4, 4a oder Abs. 5 vorliegen, bis zur Registrierung gemäß § 44 anzuwenden, danach gilt nurmehr das KAGB. Da der Gesetzgeber nur in § 20 Abs. 2 und 3, nicht aber in § 44 die Möglichkeit zur Erbringung von Dienstleistungen oder Nebendienstleistungen vorgesehen hat, ist im Ergebnis das Vorliegen einer Erlaubnis nach § 20 Voraussetzung dafür, Dienstleistungen und Nebendienstleistungen nach § 20 Abs. 2 oder 3 anbieten zu dürfen; die bloße Registrierung ist selbst bei Vorliegen einer KWG-Zulassung folglich nicht ausreichend[10] und würde die Eingriffsbefugnisse der BaFin nach **8**

Beck-Online
VORLAGE FÜR ANBIETER

---

[7] BT-Drs. 17/12294, S. 29; dort hieß es: *„…werden die in § 20 Abs. 2 oder 3 aufgeführten Dienstleistungen oder Nebendienstleistungen ohne die erforderliche Registrierung nach § 44 Abs. 1 Nr. 1… erbracht …“.*

[8] Umdruck Nr. 16 vom 23.4.2013.

[9] Insoweit unklar HK-InvestmentR/*Ernst* § 15 Rn. 54 ff.

[10] Anders *Boxberger* GWR 2013, 415, der darauf hinweist, dass das Nebeneinander von KWG-Zulassung und KAGB-Registrierung nicht gegen europarechtl. Vorgaben verstoßen sollte.

§ 15 eröffnen. Allerdings ging der deutsche Gesetzgeber mit dieser Konzeption über die Anforderungen der AIFM-Richtlinie hinaus; Art. 46, 3 Abs. 3 und Abs. 4 AIFM-Richtlinie sehen die vorgenannten Einschränkungen für „kleine" AIFM-Verwaltungsgesellschaften nicht vor, was der im Zuge der Umsetzung der AIFM-Richtlinie in nationales Recht von der EU-Kommission mit Vertretern der Mitgliedstaaten eingesetzte sog. Transition Workshop auf entsprechende Anfrage bestätigte.[11] Dass diese Hürden nicht zwingend sind, zeigt im Übrigen wie dargestellt die Regelung in § 2 Abs. 2.

3. Die Eingriffsbefugnisse im Einzelnen

9 **Absatz 2** konkretisiert die Eingriffsbefugnisse der BaFin; er entspricht im Wesentlichen der bisherigen Regelung des aufgehobenen § 17c Satz 1 InvG sowie § 37 Abs. 1 KWG bzw. § 7 ZAG.[12] Erlaubt ist der BaFin ein **unmittelbares Einschreiten** gegen die Fortführung verbotener Geschäfte, wobei ihr ein Ermessen dahingehend zusteht, ob sie – ggf. nach einem Hinweis auf die Erlaubnispflicht – mit einer sofortigen **Einstellung des Geschäftsbetriebs** eher zukunftsgerichtet ein weiteres ungesetzliches Verhalten verhindern oder mittels unverzüglicher **Abwicklung** bereits getätigter Geschäfte rechtswidrige Zustände bereinigen will; auch können beide Maßnahmen kumulativ ergriffen werden.[13] Jedoch kann die BaFin die Abwicklung unerlaubt betriebener Geschäfte dem jeweiligen Unternehmen nicht generell auferlegen, sondern nur unter Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes.[14] Zudem kann die BaFin auch vorbeugend tätig werden: stehen untersagte Geschäfte unmittelbar bevor, etwa weil schon in der Vergangenheit unerlaubt Investmentgeschäfte betrieben wurden, kann die BaFin eine vorbeugende Untersagung aussprechen.[15] Adressaten des Vorgehens der BaFin sind das Unternehmen, dessen Gesellschafter und seine Organe als den unmittelbar Verantwortlichen.[16]

10 **Absatz 3** erweitert den Adressatenkreis von Maßnahmen gem. Abs. 1 und 2 um Unternehmen, die in die Anbahnung, den Abschluss oder die Abwicklung von Geschäften einbezogen sind, sowie deren Gesellschafter oder Organe. Entsprechend der Regelung in § 37 Abs. 1 Satz 4 KWG greifen damit die Eingriffsbefugnisse der BaFin auch gegenüber Vermittlern, Treuhändern, Internetprovider oder sonstigen Dritten wie etwa Rechtsanwälten oder Steuerberatern, die in die Konzeption oder den **Vertrieb** von unerlaubten Investmentgeschäften eingebunden sind, sofern deren Verhalten dem das unerlaubte Investmentgeschäft betreibenden Unternehmen zugerechnet werden kann.[17]

11 Voraussetzung einer Maßnahme ist in jedem Fall das objektive Vorliegen der Tatbestände des Abs. 1, ohne dass es auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit der handelnden Personen ankäme. Vor Erlass einer Maßnahme hat die BaFin den Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren (§ 28 Abs. 1 VwVfG).Liegen diese Voraussetzungen vor, kann die BaFin zur Einstellung des Geschäftsbetriebs **Hinweise** oder **Weisungen** erlassen und die **Abgabe von Unterlassungserklärungen** verlangen; zudem können **Verbote zur Einwerbung** von Einlagen oder von **Ver-**

[11] Stellungnahmen vom 25.3.2013 des sog. Transition Workshops zu Fragen ID 1165 und 1167, zu finden unter: http://ec.europa.eu/yqol/index.cfm?fuseaction=legislation.show&lid=9.

[12] Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz vom 17.7.2017 (BGBl. I S. 2446).

[13] EDD/*Distler/Dreibus/Emde* § 15 Rn. 16 f.

[14] BSV Investment-HdB/*Beckmann* § 15 Rn. 50.

[15] BT/*Schubert* § 15 Rn. 42 f.

[16] HK-InvestmentR/*Ernst* § 15 Rn. 37 ff., BT/*Schubert* § 15 Rn. 74.

[17] BFS/*Fischer/Müller* § 37 Rn. 7; BT/*Schubert* § 15 Rn. 77 ff.