

Legal Update

Energiewirtschaftsrecht

Kapitalanlagegesetzbuch und Bürgerenergieprojekte

Dr. Liane Thau, Dr. Julian Asmus Nebel
Berlin, 20. September 2013

Dem im September 2008 kollabierten Finanzmarkt folgten zahlreiche – mehr oder weniger erfolgreiche – Bemühungen einer Regulierung des Finanzsektors. Zur Regulierung des sogenannten grauen Kapitalmarktes hat die Europäische Kommission die Richtlinie 2011/61/EU über „Alternative Investment Fonds-Manager“ (AIFM-Richtlinie) erlassen. In Deutschland ist die AIFM-Richtlinie durch das am 22. Juli 2013 in Kraft getretene Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) in nationales Recht umgesetzt worden. Dass dabei Bürgerenergieprojekte mitnichten primär als Regelungsobjekt intendiert waren, ist ebenso richtig wie die Tatsache, dass gleichwohl bei der rechtlichen Ausgestaltung zukünftiger Bürgerenergieprojekte die Frage der Anwendbarkeit des KAGB mit zu prüfen ist, wenn und soweit dieses Projekt einen geschlossenen Fonds darstellt und damit potentiell Regelungsobjekt wird.

I. Bürgerenergieprojekte

In bürgerfinanzierte Energieprojekte beteiligen sich Bürger entweder als Geldgeber (1) oder als Gesellschaf-

ter (2). Beides unterstützt eine wünschenswerte Annäherung der beteiligten Bürger mit der Sicherstellung einer auch zukünftigen Energieversorgung und ist daher ein entscheidender Beitrag zum Gelingen der Energiewende. (1) Für Bürger als Geldgeber sind zumeist Darlehen oder Schuldverschreibungen relevant. (2) Als Gesellschafter erwerben Bürger gesellschaftsrechtliche Partizipationsrechte an der Gesellschaft, die das Energieprojekt ausführt. Das können eingetragene Genossenschaften (eG) oder GmbH & Co. KG's sein und als solche dann ein „Organismus“ im Sinne des KAGB.

I. Anwendungsbereich KAGB

Der Anwendungsbereich des KAGB erstreckt sich ausschließlich auf Investmentvermögen.

1. Wortlaut der maßgeblichen Regelungen

Investmentvermögen definiert das Gesetz in § 1 Abs. 1 Satz 1 wie folgt:

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.“

Für Bürgerenergieprojekte hat der Gesetzgeber in § 2 Abs. 4b KAGB einen speziellen Ausnahmetatbestand geschaffen. Diese Regelung lautet:

„Auf eine interne AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft sind nur die §§ 1 bis 17, 42 und 44 Abs. 2 bis 7 anzuwenden, wenn (...) der von ihr verwaltete inländische geschlossene Publikums-AIF in der Rechtsform einer Genossenschaft aufgelegt ist, auf die die §§ 53 bis 64 c des Genossenschaftsgesetzes Anwendung finden und in deren Satzung eine Nachschusspflicht ausgeschlossen ist, (...) die Vermögensgegenstände des von ihr verwalteten inländischen geschlossenen Publikums-AIF einschließlich der durch den Leverage erworbenen Vermögensgegenstände nicht den Wert von 100 Millionen Euro überschreitet (...)“

sowie sichergestellt ist, dass aufgrund gesetzlicher Regelungen wie dem Erneuerbare Energien-Gesetz ein Mindestertrag aus der Nutzung des Sachwertes langfristig erwirtschaftet und wenn der AIF intern verwaltet wird. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, reduzieren sich die gesetzlichen Anforderungen des KAGB.

2. Prüfungsmaßstab für Bürgerenergieprojekte

In Deutschland ist es die Aufgabe der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), die Begriffsmerkmale des KAGB zu konkretisieren. Die BaFin hat am 14. Juni 2013 ein entsprechendes Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des „Investmentvermögens“, Geschäftszeichen WA41-WP2137-213/0001 veröffentlicht.

Die BaFin hat sich zwar nicht ergiebig zu der Frage ge-

äußert, was unter einem nicht operativ tätigen Unternehmen außerhalb des Finanzsektors zu verstehen ist.

Allerdings hat sich die BaFin konkret zu der Einordnung von Bürgerenergieprojekten geäußert. Nach dem Auslegungsschreiben sind Bürgerenergieprojekte grundsätzlich als operativ tätige Unternehmen einzustufen. Sie unterfallen damit also grundsätzlich nicht dem KAGB.

Es stellt sich gleichwohl die Frage, was die BaFin unter einem Bürgerenergieprojekt versteht. Nach dem Verständnis der BaFin sind Bürgerenergieprojekt Projekte zur Finanzierung und zum Betrieb von dezentralen Erzeugungsanlagen (z. B. Biogas-, Solar- oder Windkraftanlagen), integrierten Versorgungssystemen und Energieeinsparprojekten auf kommunaler und regionaler Ebene. Die BaFin verweist auf die dazu häufig gewählten Rechtsformen der eG oder GmbH & Co. KG-Unternehmen.

Voraussetzung einer Einordnung als operativ tätiges Unternehmen im Sinne des KAGB ist ferner, dass das Unternehmen die Anlagen selbst betreibt.

„Handelt es sich dagegen beispielsweise um eine Energiegenossenschaft, deren Unternehmensgegenstand auf die Errichtung und Unterhaltung von Anlagen zur Erzeugung von Energien sowie auf den Absatz der gewonnenen Energien gerichtet ist und erhalten die Mitglieder vom Unternehmensgewinn eine Dividende auf ihre Einlage, könnte die Genossenschaft als Investmentvermögen einzuordnen sein, sofern sie die Anlage nicht selbst betreibt und damit nicht operativ tätig ist.“

Bürgerenergieprojekte sind nach Ansicht der BaFin also dann keine operativ tätigen Unternehmen, wenn die unternehmerischen Entscheidungen im laufenden Geschäftsbetrieb nicht bei den Unternehmen (also den Bürgerenergieprojekten) selbst verbleiben.

Anderenfalls sind Bürgerenergieprojekte aus Sicht des BaFin als Investmentvermögen i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB einzuordnen. Dabei sind Bürgerenergieprojekte nicht bereits dann als Investmentvermögen einzuordnen, wenn sie sich im Rahmen ihrer operativen Tätigkeiten fremder Dienstleister oder gruppeninterner Gesellschaften bedienen, solange die unternehmerischen Entscheidungen im laufenden Geschäftsbetrieb bei dem Unternehmen selbst verbleiben.

Relevante Faktoren für Eröffnung des Anwendungsbereichs des KAGB auf Bürgerenergieprojekte sind insofern:

- die Einflussnahme, Kontroll- und Informationsrecht der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsbesorger/Dienstleister
- die personelle Ver-/Entflechtung von Geschäftsbesorgung/Dienstleister und Gesellschaft
- der Umfang der Geschäftsauslagerung und die Dauer des betreffenden Geschäftsbesorgungs-/Dienstleistungsvertrages.

3. Folgen bei Anwendbarkeit des KAGB

Erwerben Bürger als Gesellschafter gesellschaftsrechtliche Partizipationsrechte an der Gesellschaft, die das Energieprojekt ausführt, ist in jedem Fall eine Prüfung und eine Abstimmung mit der BaFin – den „Empfehlungen“ im Auslegungsschreiben folgend – geboten.

Die Anwendbarkeit des KAGB ist dabei kein K.O.-Kriterium für ein Bürgerenergieprojekt. Es führt aber – dem Anliegen dieses Gesetzes folgend – zur gesetzlichen Verpflichtung der Einhaltung eines einheitlichen hohen Standards. Zu berücksichtigen sind daher bei der Anwendbarkeit des KAGB

- die Erlaubnis und Registrierungspflicht für den Verwalter
- die Einschaltung einer Verwahrstelle
- die Rechtsformbeschränkungen (Aktiengesellschaft /Kommanditgesellschaft)
- der Grundsatz der Risikomischung
- die Beschränkung der Leverage
- die Erstellung von Anlagebedingungen und die Erstellung eines Verkaufsprospektes und wesentliche Anlegerinformationen.

Werden die Vorgaben des § 2 Abs. 4b KAGB erfüllt (Energiegenossenschaften), muss sich „dieser Organismus“ nur beim BaFin registrieren lassen und bestimmte Informationen über beabsichtigte Anlagestrategien vorlegen. Im Rahmen der Registrierung sind die Geschäftsleiter anzugeben und Nachweise über deren Zuverlässigkeit und fachliche Eignung zu erbringen.

4. Übergangsbestimmungen

Auf bereits bestehende Bürgerenergieprojekte, deren Anlagen bereits errichtet sind, findet das KAGB keine Anwendung. Werden jedoch neue wesentliche Investitionen veranlasst (beispielsweise im Rahmen eines Repowerings), ist dies im Einzelfall zu prüfen.

Für Bürgerenergieprojekte, bei denen die Zeichnungsfrist bereits abgelaufen ist, die sich aber im Übrigen noch in der Errichtungs- und Investitionsphase befinden, ist ebenfalls im Einzelfall zu prüfen, ob und inwieweit das KAGB einschlägig ist.

II. Resume

Festzuhalten bleibt, dass bei der Ausgestaltung von Bürgerenergieprojekten, zumindest wenn sie neu aufgelegt werden, darauf geachtet werden muss, dass sie entweder dem KAGB nicht unterfallen oder aber die Vorgaben des KAGB einhalten. Insbesondere eine genaue Prüfung, ob es sich bei dem Projekt um ein „operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors“ handelt, ist im Einzelfall unabdingbar.

Bürgerenergieprojekte haben zum Ziel, die Akzeptanz für die Energiewende und insbesondere für Erneuerbare Energien zu erhöhen. Anleger werden zwar durch den neuen Rechtsrahmen des KAGB stärker vor finanziellen Risiken geschützt wird. Andererseits wird die bereits bestehende Komplexität bei der Errichtung von Bürgerenergieprojekte aber durch die neue Regulierung des KAGB weiter erhöht. Dies wird nicht zuletzt daran deut-

lich, dass es selbst der BaFin schwerfällt, den konkreten Anwendungsbereich des KAGB in dem Auslegungsschreiben festzulegen.

Das KAGB besteht aus 355 Paragraphen, die Regelungen sind vielfach ineinander verschränkt. Ausufernde gesetzliche Regelungen sind dem Anwender des EEG bestens vertraut, so dass ihn auch das KAGB mit seinen 355 vielfach ineinander verschränkten Paragraphen nicht Bange werden lässt.

Welche Auswirkungen die Vorgaben des KAGB für den Ausbau der Erneuerbaren Energien haben werden, bleibt abzuwarten. Auch hier werden erst die praktischen Erfahrungen mit dem KAGB zeigen, wie der Markt reagiert und wird der Gesetzgeber ggf. verpflichtet sein, nachzubessern und die Befreiungstatbestände für Erneuerbaren-Energien-Projekte auszuweiten.



Dr. Liane Thau
RECHTSANWÄLTIN, PARTNER, BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin
Tel +49 030 884 503-187, E-Mail: lthau@goerg.de



Dr. Julian Asmus Nebel
RECHTSANWALT, ASSOCIATE, BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin
Tel +49 030 884 503-313, E-Mail: jnebel@goerg.de

Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. die Autorin Frau Dr. Liane Thau unter +49 30 884 503-187 oder lthau@goerg.de oder den Autoren Herrn Dr. Julian Asmus Nebel unter +49 30 884 503-313 oder jnebel@goerg.de an. Informationen zum Autor/zur Autorin finden Sie auf unserer Homepage www.goerg.de.

Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten

BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin
Tel +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

ESSEN

Alfredstraße 220, 45131 Essen
Tel +49 201 38444-0, Fax +49 201 38444-20

FRANKFURT AM MAIN

Neue Mainzer Straße 69 – 75, 60311 Frankfurt am Main
Tel +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

HAMBURG

Dammthorstraße 12, 20354 Hamburg
Tel +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln
Tel +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München
Tel +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90