

Bundesverband der Wertpapierfirmen an den deutschen Börsen e.V.
Herrengraben 31, 20459 Hamburg

Bundesministerium der Finanzen

per Mail: VIIB5@bmf.bund.de

Ihr Zeichen

VII B 5 – WK 6130/07/0001

DOK 2008/03439411

Ihre Nachricht vom

08.08.2008

Ort_Datum

Hamburg, 03.09.2008

Entwurf für Änderungen von Kreditwesengesetz und Wertpapier-
handelsgesetz
Konsultation der Spitzenverbände des Finanzgewerbes und der
Wirtschaft

Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Möglichkeit, eine Stellungnahme zum modifizierten Entwurf der Änderungen des Kreditwesengesetzes (KWG) und des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) abzugeben, danken wir Ihnen verbindlich. Zu dem Gesetzentwurf nehmen wir im Nachgang zur mündlichen Anhörung vom 1. September 2008 wie folgt Stellung:

Der modifizierte Vorschlag zur Schaffung der Anlageverwaltung als einen gesonderten Erlaubnistatbestand des KWG stellt eine Verbesserung gegenüber dem ersten Entwurf („Ersetzung des Finanzkommissionsgeschäfts gegen Effektegeschäft“) dar. Wir bitten jedoch nachdrücklich, die nachfolgenden Petiten und erläuternden Anmerkungen zu berücksichtigen:

- a) „Anlageverwaltung“ als gesonderter Erlaubnistatbestand mit klarer Abgrenzung zum europarechtlich normierten Wertpapierdienstleistungsregime auf der Grundlage von ISD und MiFID (im vorliegenden Entwurf bis auf eine Unklarheit in der Gesetzesbegründung bereits berücksichtigt).
- b) Gesetzssystematische Klassifizierung der Anlageverwaltung als Finanzdienstleistung (entgegen der vorgeschlagenen Einordnung als Bankgeschäft).
- c) Keine gesetzssystematische Klassifizierung ausschließlich die Anlageverwaltung erbringender Institute als Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Wertpapierhandelsbanken oder Wertpapierhandelsunternehmen.

**Bundesverband der Wertpapierfirmen
an den deutschen Börsen e.V.**

Sitz des Verbandes

Fasanenstraße 3
10623 Berlin

Postanschrift & Geschäftsstelle

Börsenstraße 14
60313 Frankfurt/Main

Tel.: (069) 92 10 16 91
Fax: (069) 92 10 16 92
mail@bwf-verband.de
www.bwf-verband.de

Vorstand

Prof. Dr. Jörg Franke (Vorsitzender)
Kai Jordan
Klaus Mathis
Dirk Freitag
Dr. Annette Kliffmüller-Frank
Ralf Nachbauer
Herbert Schuster
Michael Wilhelm

Geschäftsführer

Michael H. Sterzenbach
m.sterzenbach@bwf-verband.de

Justiziar

Dr. Hans Mewes
Herrengraben 31, 20459 Hamburg
Tel.: (040) 36 80 5 - 132
Fax: (040) 36 28 96
h.mewes@bwf-verband.de

Bankverbindung

Deutsche Bank PGK Frankfurt
BLZ 500 700 24, **Kto.** 0 18 32 10 00

men (im vorliegenden Entwurf nur für Wertpapierdienstleistungsunternehmen berücksichtigt).

Hieraus ergeben sich im Einzelnen folgende Anmerkungen:

1. Soweit sich die Legaldefinition der Anlageverwaltung auf „natürliche Personen“ erstreckt, eröffnen sich Umgehungstatbestände, namentlich durch die Inanspruchnahme juristischer Personen (GmbH, OHG, BGB-Gesellschaft) als Verwaltungssubjekt für einzelne natürliche Personen. Dies dürfte der gesetzgeberischen Intention zuwiderlaufen.

Aus unserer Sicht würde sich hier eine Anknüpfung an die Kundenklassifizierung der MiFID dergestalt anbieten, dass Produkte, die sich ausschließlich an Anleger – seien es juristische oder natürliche Personen – richten, die bei entsprechender Auslegung von §31a Abs. WpHG 1 i.V.m. §31a Abs. 7 WpHG als („geborene“ oder „gekorene“) „professionellen Kunden“ zu behandeln wären, von der Anwendung der für die Anlageverwaltung geltenden Vorschriften ausgenommen werden könnten.

2. Weiterhin sollte die Legaldefinition (eingangs) – orientiert an der Gesetzesbegründung und am Gesetzeszweck der aufsichtsrechtlichen Erfassung gemeinschaftlicher Vermögensinvestitionen – nach dem Wort „Finanzinstrumenten“ um folgenden Zusatz ergänzt werden:

„zum Zwecke der gebündelten Investition des Vermögens“.

Die bislang geplante Legaldefinition erscheint demgegenüber insgesamt zu „transaktionsbezogen“.

Weiterhin sollte die Legaldefinition (am Ende) klarstellend nach dem Wort „Finanzinstrumente“ um das Wort „anteilmäßig“ ergänzt werden:

3. In der Ausnahmeregelung für Drittstaatstitute unter 1. b), sollte aus redaktionellen Gründen nach dem Wort „gemäß“ die Nennung der Vorschrift „§ 2“ gestrichen werden, da es sachlich hier ja gerade um dessen Neufassung geht.
4. Weiterhin würde die geplante Übergangsvorschrift unter 1. c) des Gesetzesentwurfs zu der Konstellation führen, dass Finanzdienstleistungsinstitute, die den Eigenhandel und/oder die Finanzportfolioverwaltung (aber keine Bankgeschäfte) betreiben, nicht von der Regelung erfasst würden. Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass die Übergangsregelung gerade auch die Finanzdienstleistungen ausdrücklich aufführt und auch im Begründungstext des Gesetzesentwurfs unter 3. / Zu 2. auf die „sachliche Nähe der Anlageverwaltung zur Finanzportfolioverwaltung“ hingewiesen wird, nicht sachgerecht.
5. Die Anlageverwaltung sollte im Rahmen des vorliegenden Gesetzgebungsvorhabens konsequenterweise nicht als Bankgeschäft, sondern als

Finanzdienstleistung im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG qualifiziert werden. Dies ist argumentativ auch damit zu begründen, dass gesetzgeberisches Anliegen vor allem die aufsichtsrechtliche Erfassung bisher nicht regulierter Unternehmen aus Gründen des Anlegerschutzes ist. Diese Unternehmen sogleich mit dem „Qualitätssiegel“ eines Kreditinstituts in der Form einer Wertpapierhandelsbank „auszuzeichnen“, erscheint angesichts des dort bislang begrenzten Kreises erfasster Unternehmen verfehlt, so dass insoweit die Einordnung der Anlageverwaltung als Finanzdienstleistung und deren generelle Erbringung unter dem Dach eines Finanzdienstleistungsinstituts geboten erscheint.

Konsequenterweise ist im Gesetzentwurf unter 1. a) aa) die Legaldefinition der Anlageverwaltung daher in den Katalog der Finanzdienstleistungen des § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG aufzunehmen, namentlich als dortige neue Nummer 9.

Der Punkt 1. a) bb) des Gesetzentwurfs ist hinsichtlich des dortigen Verweises auf Satz 3 des § 1 Abs. 3d KWG entsprechend zu streichen. Da die Anlageverwaltung – ausweislich der Gesetzesbegründung – definitiv nicht dem Katalog der Wertpapierdienstleistungen der ISD bzw. MiFID unterfällt, wäre es rechtssystematisch verfehlt, dass allein ein Abstellen auf die Anlageverwaltung zu einer Institutsqualifizierung als Wertpapierhandelsunternehmen oder gar Wertpapierhandelsbank führen würde. § 1 Abs. 3d Satz 2 und 3 KWG bleiben mithin unverändert.

Weiterhin ist dann die unter 1. b) geplante Ausnahmeregelung statt in den Katalog des § 2 Abs. 1 KWG als neue Nummer 17 in den Katalog des § 2 Abs. 6 KWG aufzunehmen. Der bislang als neue Nummer 10 unter § 2 Abs. 1 KWG geplante Text ist dabei insoweit abzuändern, als es in der ersten Zeile statt „Bankgeschäft“ „Finanzdienstleistung“ und in der dritten Zeile statt „Kreditinstitut“ „Institut“ heißen müsste.

Hinsichtlich der genannten Übergangsvorschrift unter 1. c) würde eine solche zutreffende Qualifizierung der Anlageverwaltung als Finanzdienstleistung unter dortiger Bezugnahme auf „Finanzdienstleistungsinstitute“ jedoch – ebenso wie die bislang geplante dortige Bezugnahme auf „Kreditinstitute“ – rechtssystematisch unzutreffend sein, zumal entweder Kreditinstitute oder aber Finanzdienstleistungsinstitute jeweils vom Anwendungsbereich der Übergangsvorschrift nicht erfasst wären. Andererseits dürfte – wie bereits unter 5. ausgeführt – aber nicht streitig sein, dass die Erlaubnisfiktion dieser Vorschrift sowohl Kredit- als auch Finanzdienstleistungsinstitute erfassen müsste, deren KWG-Erlaubnis die Bereiche Finanzkommissionsgeschäft, Eigenhandel und/oder Finanzportfolioverwaltung umfasst. Aus diesem Grunde sollte der Begriff „Kreditinstitut“ unter 1. c) des Gesetzentwurfs durch den übergeordneten Begriff des „Instituts“ (bereits bislang in § 1 Abs. 1b KWG geregelt) ersetzt werden.

Ebenso anzupassen ist auf dieser Grundlage die Regelung unter 2. des Gesetzentwurfs. Hier ist der einleitende Text wie folgt zu fassen:

„Soweit Institute die erlaubnispflichtige Anlageverwaltung nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 des Kreditwesengesetzes erbringen, ...“ (Änderungen unterstrichen)

6. Überdies sollte im Begründungsteil unter 3. / Zu 2. der letzte Satz des ersten Absatzes wie folgt geändert werden:

„Neben den Verhaltens- und Organisationspflichten, die für alle im Wertpapierhandelsgesetz geregelten Wertpapierdienstleistungen gleichermaßen gelten und die für die Anlageverwaltung sinngemäß anzuwenden sind, gelten auch die für die Finanzportfolioverwaltung einschlägigen Bestimmungen, etwa nach § 31 Abs. 4 zur Geeignetheitsprüfung bei Anlageentscheidungen und nach § 33a Abs. 8 zur bestmöglichen Auftragsausführung, relevant entsprechend.“ (Änderungen unterstrichen)

Die Änderung erscheint geboten, weil die bisherige Formulierung den Schluss nahe legt, dass auch die Anlageverwaltung eine Wertpapierdienstleistung darstellt, was ausweislich des ersten Satzes des nachfolgenden Absatzes der Gesetzesbegründung gerade nicht der Fall sein soll.

7. Der letzte Satz des Begründungsteils ist zudem eingangs wie folgt zu fassen:

„Finanzdienstleistungsinstitute mit der bloßen Erlaubnis zur Anlageverwaltung werden ...“ (Änderungen unterstrichen)

Dies korrespondiert zum einen mit der Maßgabe, die Anlageverwaltung im Kanon der Finanzdienstleistungen gemäß § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG zu erfassen. Zum anderen stellen Finanzdienstleistungsinstitute mit der Erlaubnis für sonstige Finanzdienstleistungen per definitionem sehr wohl „Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach § 2 Abs. 4“ WpHG dar. [Die Aufnahme des Wortes „bloßen“ wäre mithin auch dann geboten sein, wenn die Anlageverwaltung im Kanon der Bankgeschäfte gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG verbliebe.]

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Hans Mewes
Justiziar