

Bundesministerium der Finanzen
Herrn Ministerialrat Uwe Wewel
Referatsleiter Abt. VII B2
Wilhelmstraße 97
11016 Berlin

per E-Mail: VII B2@bmf.bund.de

Düsseldorf, 17. August 2012

449/598/579

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e.V.

Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

TELEFONZENTRALE:
+49 (0)211 / 45 61 - 0

FAX GESCHÄFTSLEITUNG:
+49 (0)211 / 454 10 97

INTERNET:
www.idw.de

E-MAIL:
info@idw.de

BANKVERBINDUNG:
Deutsche Bank AG Düsseldorf
BLZ 300 700 10
Kto.-Nr. 7480 213

**Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie
2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-
Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG)**

Sehr geehrter Herr Wewel,

wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu dem oben genannten Diskussionsentwurf. Unsere Anmerkungen konzentrieren sich auf die für den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer unmittelbar oder mittelbar relevanten Fragestellungen:

**Artikel 1
Kapitalanlagegesetzbuch
(KAGB)**

Kapitel 1

Allgemeine Bestimmungen für Investmentvermögen und Verwaltungsgesellschaften

Abschnitt 2

Verwaltungsgesellschaften

Unterabschnitt 2

Allgemeine Verhaltens- und Organisationspflichten

Zu § 38 Kapitalanlagegesetzbuch – KAGB-E (Jahresabschluss, Lagebericht, Prüfungsbericht und Abschlussprüfer der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft):

Nach § 38 Abs. 3 KAGB-E hat der Abschlussprüfer bei der Prüfung des Jahresabschlusses der Kapitalverwaltungsgesellschaft „...auch die wirtschaftlichen Verhältnisse der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft zu prüfen. Er hat ins-

GESCHÄFTSFÜHRENDER VORSTAND:
Prof. Dr. Klaus-Peter Naumann,
WP StB, Sprecher des Vorstands;
Dr. Klaus-Peter Feld, WP StB CPA;
Manfred Hamann, RA

Seite 2/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

besondere festzustellen, ob die externe Kapitalverwaltungsgesellschaft die Anzeigepflichten nach den §§ 34, 35, 45 und 49 sowie die Anforderungen nach den §§ 25 bis 30 und 36 erfüllt hat.“

Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) soll der Abschlussprüfer u.a. die Erfüllung der Anforderungen nach §§ 25 bis 30 prüfen. Während eine Überprüfung der Anforderungen zum Kapital (§ 25), zum Risikomanagement (§ 26) und zum Liquiditätsmanagement (§ 27) regelmäßig aufgrund gesetzlicher Vorgaben bzw. konkretisierender Rundschreiben der BaFin möglich sein wird, setzt eine Prüfung von allgemeinen Verhaltens- und Organisationspflichten (§ 28 Allgemeine Verhaltensregeln, § 29 Interessenkonflikte, § 30 Allgemeine Organisationspflichten) die Überprüfbarkeit tatsächlichen Handelns bspw. im Rahmen der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung (vgl. *IDW PS 720*¹) voraus. Zwar bestehen insbes. für Wertpapierdienstleistungsunternehmen Auslegungshilfen hinsichtlich der Anforderungen an Verhaltens- und Organisationspflichten (z.B. MaComp, WpD-VerOV), jedoch hat sich in der bisherigen Prüfungspraxis gezeigt, dass sich eine Erwartungslücke mit Blick auf entsprechende Prüfungsergebnisse und die Zielsetzung einer Überprüfung der Verhaltens- und Organisationspflichten der KVG (z.B. Anlegerschutz) vielfach nicht vermeiden lässt, da eine konkretisierende und prüfbare Vorgabe nicht vorliegt und die Erbringung von Nachweisen im verhaltensorientierten Bereich sehr schwierig ist.

Entsprechendes gilt, soweit die externe Kapitalverwaltungsgesellschaft Nebendienstleistungen nach § 20 Absatz 2 und 3 KAGB-E erbringt, die der Abschlussprüfer besonders zu prüfen hat (vgl. § 38 Abs. 4 Satz 2 KAGB-E).

Vor diesem Hintergrund regen wir an, § 38 Abs. 3 Satz 2 KAGB-E wie folgt zu fassen:

„Er hat insbesondere festzustellen, ob die externe Kapitalverwaltungsgesellschaft die Anzeigepflichten nach den §§ 34, 35, 45 und 49 sowie die Anforderungen nach den §§ 25 bis ~~30~~27 und 36 erfüllt hat, sowie keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die externe Kapitalverwaltungsgesellschaft die Anforderungen nach den §§ 28 bis 30 nicht erfüllt hat.“

¹ *IDW Prüfungsstandard: Berichterstattung über die Erweiterung der Abschlussprüfung nach § 53 HGrG (IDW PS 720) (Stand: 09.09.2010)*

Seite 3/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

Abschnitt 3
Verwahrstelle
Unterabschnitt 1
Vorschriften für OGAW-Verwahrstellen

Zu § 64 KAGB-E (Beauftragung und jährliche Prüfung):

Nach § 64 Abs. 7 KAGB-E ist die ordnungsgemäße Erfüllung der gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten als (OGAW-)Verwahrstelle einmal jährlich durch einen geeigneten Abschlussprüfer zu prüfen.

(a) Die Prüfung umfasst nicht die Verwahrung nach dem Depotgesetz/DepotG, soweit diese Pflichten über die im KAGB-E genannten Verwahrpflichten hinausgehen (z.B. Beachtung der Bekanntmachung der BaFin über die Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit des Depotgeschäftes und die Erfüllung von Wertpapierlieferungsverpflichtungen vom 21.12.1998). Diese Pflichten unterliegen der Prüfung nach § 29 Abs. 2 Satz 2 Kreditwesengesetz/KWG (sog. Depotprüfung), sofern keine Prüfung nach § 36 Wertpapierhandelsgesetz/WpHG erfolgt. Bei Zweigniederlassungen, die weder einen handelsrechtlichen Jahresabschluss erstellen noch Wertpapierdienstleistungen erbringen, wird keine Depotprüfung vorgenommen. Aus Sicht des Anlegers ist das Schutzniveau trotz Ausübung nahezu gleicher Geschäftstätigkeit unterschiedlich. Ferner ist der Wertpapierdienstleistungs-Prüfungsverordnung/WpDPV kein Verweis auf die Ermächtigung des BMF zum Erlass einer Rechtsverordnung über Art, Umfang und Zeitpunkt einer Depotbankprüfung (vgl. § 20 Abs. 4 Investmentgesetz/InvG) zu entnehmen. Die Vorschriften in Bezug auf die Auswahl des Prüfers, dessen Bestellung und den Berichtszeitraum nach § 64 Abs. 7 KAGB-E unterscheiden sich von denen in § 36 WpHG, was insbes. damit kollidiert, dass beide Prüfungen gleichzeitig (im Rahmen der Prüfung nach § 36 WpHG) durchzuführen sind. Vor diesem Hintergrund schlagen wir die Übernahme der diesbezüglichen Regelungen (z.B. hinsichtlich Prüfer, Bestellung etc.) aus § 36 WpHG in § 64 Abs. 7 KAGB-E sowie die Einfügung eines neuen Satzes 2 in § 64 Abs. 7 KAGB-E vor:

Bei Zweigniederlassungen, die nicht einer Prüfung nach § 36 WpHG unterliegen, ist auch das Depotgeschäft bzw. das eingeschränkte Verwahrgeschäft zu prüfen; diese Prüfung hat sich auch auf die Einhaltung des § 128 des Aktiengesetzes über Mitteilungspflichten und des § 135 des Aktiengesetzes über die Ausübung des Stimmrechts zu erstrecken; § 29 Abs. 4 KWG gilt entsprechend.“

Seite 4/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

(b) Die durch Art. 18 AIFMD-UmsG in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 12 KWG neu eingeführte Finanzdienstleistung „Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren ausschließlich für alternative Investmentfonds (AIF) im Sinne des § 1 Abs. 1 (eingeschränktes Verwahrgeschäft)“ wurde nicht in Art. 10, Änderung des WpHG, nachvollzogen, so dass die Finanzdienstleistung weder eine Wertpapierdienst- noch eine Wertpapiernebendienstleistung darstellt. Allerdings ist das Depotgeschäft nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KWG eine Wertpapiernebendienstleistung, und für die Verwahrung und Verwaltung von Anteilen an Investmentvermögen durch OGAW-Kapitalverwaltungsgesellschaften oder AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften gelten durch Verweisung die einschlägigen Regelungen des WpHG. Das eingeschränkte Verwahrgeschäft wurde diesen Regelungen hingegen nicht unterworfen, was der Regelung der AIFMD in Art. 21 Abs. 3 Buchst. b entgegensteht, wonach ein der MiFID2 unterliegendes Wertpapierdienstleistungsunternehmen als Verwahrstelle ausgewählt werden kann, das die Nebendienstleistung der Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten für Kunden erbringt (vgl. Begründung zu § 74 Abs. 5 KAGB-E).

Die Möglichkeit, auch Wertpapierdienstleistungsunternehmen als Verwahrstelle für AIF zuzulassen, geschah unter Berücksichtigung des Gedankens, dass diese Firmen den entsprechenden MiFID-Vorschriften nicht nur in Bezug auf Zulassung und Eigenkapital, sondern auch in Bezug auf die übrigen Rahmenbedingungen für die Durchführung der betreffenden Geschäfte (allgemeine und spezielle Verhaltens- und Organisationsregeln) unterliegen, was ohne eine entsprechende Berücksichtigung der Dienstleistung im WpHG nicht gewährleistet ist. Da das WpHG derzeit nur die Definition des Depotgeschäfts (Bankgeschäft) aus dem KWG als Nebendienstleistung aufgreift und damit die Gefahr besteht, dass das eingeschränkte Verwahrgeschäft nicht darunter subsumiert wird, regen wir an, letzteres als weitere Wertpapiernebendienstleistung unter § 2 Abs. 3a WpHG (z.B. als neue Nr. 1a) aufzunehmen.

(c) Da das eingeschränkte Verwahrgeschäft auch den Vorschriften des DepotG unterliegt, wäre § 36 Satz 1 WpHG wie folgt zu erweitern:

² Die MiFID regelt neben Verhaltens- und Organisationspflichten, die bei der Erbringung der Wertpapierdienst- und Wertpapiernebendienstleistungen zu beachten sind, u.a. auch Anforderungen an das Depotgeschäft (Art. 4 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a, Art 13 Abs. 7; konkretisiert durch Art 16 und 17 der MiFID-Durchführungsrichtlinie, wodurch u.a. die Trennung der Vermögensgegenstände und die Sicherstellung der Insolvenzfestigkeit herbeigeführt werden soll).

Seite 5/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

„Bei Kreditinstituten, die das Depotgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Kreditwesengesetzes betreiben, bzw. bei Kreditinstituten oder Finanzdienstleistungsinstituten, die das eingeschränkte Verwahrgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 12 des Kreditwesengesetzes betreiben, hat der Prüfer...“

Durch die Einfügung dieser Vorschrift wird gewährleistet, dass für die Anbieter depotgeschäftlicher Leistungen gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden – auch wenn die Dienstleistung durch Finanzdienstleistungsinstitute erbracht wird - und dem Anlegerschutz durch die präventive Wirkung der Prüfung sowie Unterstützung der Aufsicht durch die BaFin Rechnung getragen wird. Dies gilt insbes. unter Berücksichtigung der Überlegung, dass ein Kreditinstitut, das neben den Wertpapieren von AIF auch Wertpapiere anderer Kunden verwahrt und damit das Depotgeschäft als Bankgeschäft durchführt, hinsichtlich der gesamten Geschäftstätigkeit in die Prüfung einbezogen wird, d.h. auch der für AIF verwahrten Bestände. Demgegenüber würde bei reinen AIF-Verwahrstellen keine (z.B. die Bestände verifizierende) Prüfung erfolgen.

Wir weisen im Übrigen darauf hin, dass die Verwahrstelle nach Art. 21 Abs. 11 Buchst. d ii AIFMD bei einer Unterauslagerung sicherzustellen hat, dass die Unterverwahrstelle einer regelmäßigen Prüfung unterliegt, durch die gewährleistet wird, dass sich die Finanzinstrumente in ihrem Besitz befinden. Eine solche Regelung läuft ins Leere, wenn nicht gleichzeitig vorgesehen wird, dass bereits auf Ebene der Verwahrstelle eine entsprechende (Depot-)Prüfung stattfindet.

(d) In § 76 KAGB-E wurde keine dem § 64 Abs. 7 KAGB-E entsprechende Vorschrift, die eine Pflicht zur Prüfung der Tätigkeit als Verwahrstelle enthält, aufgenommen. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu Art. 28 Abs. 4 AIFMD-UmsG erfolgte dies, da die AIFMD keine Prüfungspflicht für die (Kontroll-) Tätigkeit der AIF-Verwahrstellen enthält und insoweit eine direkte Umsetzung der Richtlinie vorgenommen wurde. Die Begründung weist darauf hin, dass die Prüfungspflicht nur für OGAW-Verwahrstellen besteht.

Ergänzend weisen wir darauf hin, dass die Investmentrichtlinie ebenfalls keine Prüfungspflicht für OGAW-Verwahrstellen enthält. Gleichwohl wurde eine solche in das InvG aufgenommen, was letztlich der deutschen Aufsichtspraxis von Unternehmen des Finanzdienstleistungssektors geschuldet ist.

Bisher war die Depotbanktätigkeit auch in Bezug auf nunmehr als AIF zu qualifizierende Fonds (z.B. Immobilien- oder sonstige Sondervermögen) zu prüfen. Diese dem Anlegerschutz dienende Tätigkeit soll selbst in den Fällen entfallen, in denen das Publikum Anteile an den Investmentvermögen hält. Das gilt auch,

Seite 6/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

wenn eine Verwahrstelle sowohl OGAW als auch AIF verwahrt. Hierdurch könnte eine Erwartungslücke hinsichtlich eines als einheitlich angenommenen Schutzniveaus der unterschiedlichen Arten von Publikumsfonds entstehen. Insbesondere gebietet Art. 21 Abs. 3 AIFMD, dass die AIF-Verwahrstelle einer Beaufsichtigung unterliegt und § 84 KAGB-E weitet gleichzeitig die Haftung der AIF-Verwahrstelle erheblich aus. Diese Verwahrstelle dann keiner jährlichen Prüfung zu unterziehen widerspricht u.E. dem aufsichtsrechtlichen Gedanken und dem Schutzbedürfnis der Privatanleger.

Abschnitt 4
Offenes Investmentvermögen
Unterabschnitt 2
Allgemeine Vorschriften für Sondervermögen

Zu § 98 KAGB-E (Abschlussprüfung):

(a) Nach § 98 Satz 2 KAGB-E „kann“ der Abschlussprüfer „...von den Gesellschaftern der Kapitalverwaltungsgesellschaft gewählt und im Falle einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung von den Geschäftsführern, im Falle einer Aktiengesellschaft vom Vorstand beauftragt werden.“

Die neue Regelung würde dazu führen, dass auch die Beauftragung regelmäßig nicht mehr von den gesetzlichen Vertretern der KVG vorgenommen wird. Diese haben im Innenverhältnis der KVG dafür zu sorgen, dass der Prüfer alle erforderlichen Informationen, Unterlagen und Nachweise erhält. Ansonsten kann dieser seine Aufgabe nur in eingeschränktem Umfang durchführen. Entsprechend der bisherigen Regelung in § 44 Abs. 5 InvG und unter besonderem Hinweis auf die Trennung von Wahl und (nach erfolgter Wahl) Beauftragung des Abschlussprüfers regen wir an, § 98 Satz 2 wie folgt zu fassen:

„Der Abschlussprüfer muss von den Gesellschaftern der Kapitalverwaltungsgesellschaft gewählt und im Falle einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung von den Geschäftsführern, im Falle einer Aktiengesellschaft vom Vorstand beauftragt werden.“

(b) Nach § 98 Satz 3, 1. Hs. KAGB-E hat der Abschlussprüfer "das Ergebnis" in einem besonderen Vermerk zusammenzufassen. Wenngleich aus dem systematischen Zusammenhang erkennbar ist, dass es sich hierbei um das "Ergebnis der Prüfung" handelt, regen wir an, den Gesetzestext um die Worte "der Prüfung" zu ergänzen und wie folgt zu formulieren:

"Das Ergebnis der Prüfung hat der Abschlussprüfer in einem besonderen Vermerk zusammenzufassen; [...]"

Seite 7/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

Unterabschnitt 4
Allgemeine Vorschriften für offene Investmentkommanditgesellschaften

Zu § 132 KAGB-E (Abschlussprüfung):

Nach § 132 Abs. 3 KAGB-E hat der „...Abschlussprüfer [hat] den Bericht über die Prüfung der Publikumsinvestmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital unverzüglich nach Beendigung der Prüfung der Bundesanstalt einzureichen, der Bericht über die Prüfung der Spezialinvestmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital ist der Bundesanstalt auf Verlangen einzureichen.“

Analog zu § 117 Abs. 2 Satz 6 KAGB-E bitten wir zwecks Klarstellung der Haftung des Abschlussprüfers folgenden Satz 5 in § 132 Abs. 3 KAGB-E neu aufzunehmen:

„§ 318 Absatz 3 bis 8 sowie die §§ 319, 319b und 323 des Handelsgesetzbuchs gelten entsprechend.“

Abschnitt 5
Geschlossenes Investmentvermögen
Unterabschnitt 3
Allgemeine Vorschriften für geschlossene Investmentkommanditgesellschaften

Zu § 155 KAGB-E (Abschlussprüfung):

(a) Wir regen an, § 155 Satz 1 KAGB-E zu streichen, da dessen Wortlaut in § 155 Satz 2 KAGB-E wiederholt wird.

(b) Nach § 155 Satz 3 KAGB-E hat der Abschlussprüfer zusätzlich „... bei seiner Prüfung einer geschlossenen Publikumsinvestmentkommanditgesellschaft auch festzustellen, ob die geschlossene Publikumsinvestmentkommanditgesellschaft die Bestimmungen eines Treuhandverhältnisses beachtet hat.“

Soweit sich Anleger bei geschlossenen Publikumsinvestmentkommanditgesellschaften (Gesellschaft) mittelbar über einen Kommanditisten (Treuhandkommanditisten) an einer geschlossenen Investmentkommanditgesellschaft beteiligen, wird ein Treuhandverhältnis zwischen dem Anleger (Treugeber) und dem Treuhandkommanditisten (Treuhandhaber) begründet. Die im Innenverhältnis aus dem Treuhandverhältnis resultierenden Rechte und Pflichten der Vorgenannten betreffen nicht die Sphäre der nach § 155 KAGB-E zu prüfenden Gesellschaft, da diese regelmäßig nicht Vertragspartner des Treuhandverhältnisses wird; lediglich die „allgemeinen Pflichten“ gegenüber den Kommanditisten (vgl. §§ 161 ff. HGB) können durch die Gesellschaft zu beachten sein. Auch ist eine Rechtsgrundlage für eine separate Prüfung des Treuhandverhältnisses bzw. der Einhaltung der Bestimmungen des Treuhandverhältnisses durch den Treuhandhaber gegenüber dem Treugeber auf Basis des § 155 KAGB-E nicht ersichtlich, so dass ein Schutz des Anlegers ins Leere läuft.

Seite 8/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

Da eine Prüfung der Beachtung der Bestimmungen eines Treuhandverhältnisses durch die geschlossene Publikumsinvestmentkommanditgesellschaft nicht Gegenstand der Prüfung der geschlossenen Publikumsinvestmentkommanditgesellschaft sein kann, regen wir eine Streichung des § 155 Satz 3 KAGB-E sowie ggf. Neufassung der diesbezüglichen Prüfungspflicht (z.B. Verpflichtung der Gesellschaft zur Überwachung des Treuhandverhältnisses) an.

Abschnitt 1
Allgemeine Vorschriften für offene Publikumsinvest-
mentvermögen
Unterabschnitt 1
Allgemeines

Zu § 165 KAGB-E (Bewertungsverfahren):

Nach § 165 Abs. 1 KAGB-E hat die „...Kapitalverwaltungsgesellschaft [hat] eine interne Bewertungsrichtlinie zu erstellen.“ Um auch Vermögensaufstellungen bei mittelbaren Anlagen i.S.d. § 225 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 KAGB-E anhand eines Soll-Objekts prüfen zu können, regen wir an, § 165 Abs. 1 KAGB-E um den folgenden Satz 4 zu ergänzen:

„Sofern es sich bei den Vermögensgegenständen um Anlagen gem. § 225 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 handelt, ist auch für die Vermögensaufstellung nach § 237 Abs. 2 KAGB-E eine Bewertungsrichtlinie zu erstellen.“

Abschnitt 3
Offene Publikums-AIF
Unterabschnitt 1
Allgemeine Vorschriften für offene Publikums-AIF

Zu § 212 KAGB-E (Bewerter):

(a) Nach § 212 Abs. 2 Nr. 2 KAGB-E hat die AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft nachzuweisen, dass „...der externe Bewerter ausreichende **berufliche Garantien** vorweisen kann, um wirksam die Bewertungsfunktion ausüben zu können...“

Zur Präzisierung und Abgrenzung von Nr. 1 (berufsmäßige Registrierung) eines geforderten Nachweises der beruflichen Qualifikation regen wir an, die Nr. 2 wie folgt zu fassen:

- „2. der externe Bewerter ausreichende berufliche GarantienBefähigungsnachweise vorweisen kann, um wirksam die Bewertungsfunktion aus

Seite 9/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

üben zu können, und“

(b) Nach § 212 Abs. 3 KAGB-E bestimmen sich die „...Kriterien und der Inhalt der erforderlichen **beruflichen Garantien** des externen Bewerter **nach Buchstabe b** ... nach der Verordnung (EU) Nr. ___/2012 [Level 2-Verordnung nach Artikel 19 Absatz 11 Buchstabe b der Richtlinie 2011/61/EU].“

Wir gehen davon aus, dass sich Kriterien und Inhalt der erforderlichen beruflichen „**Garantien**“ (bzw. nach Änderung „**Befähigungsnachweise**“) des externen Bewerter nach § 212 **Abs. 2 Nr. 2** KAGB-E bestimmen sollen.

(c) Nach § 212 Abs. 6 KAGB-E „...sind die Bewertungsverfahren und/oder Bewertungen der AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft durch einen Wirtschaftsprüfer zu überprüfen“, soweit die Bewertung nicht von einem externen Bewerter vorgenommen wird. Die Regelung ist hinsichtlich der Vorgaben teilweise unklar (z.B. wann sind Verfahren zu prüfen, wann Bewertungen? Wenn letztere, wie viele und von welchen Vermögensgegenständen?).

Angesichts der Tätigkeiten, die der Abschlussprüfer des offenen Publikums-AIF bereits im Rahmen der Jahresabschlussprüfung durchführt, regen wir aus Effizienzgründen eine entsprechende Erweiterung der Abschlussprüfung um eine Bewertungsverfahrensprüfung an. Damit sind regelmäßig gesetzliche und berufständische Regelungen bspw. zur Unabhängigkeit und zur Haftung (insbesondere gegenüber Dritten) verbunden. Unter Berücksichtigung der Möglichkeiten und Grenzen der entsprechenden Jahresabschlussprüfung lautet § 212 Abs. 6 danach wie folgt:

„(6) Wird die Bewertung nicht von einem externen Bewerter vorgenommen, sind die Bewertungsverfahren ~~und/oder Bewertungen~~ der AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft im Hinblick auf die Beachtung der durch die Bewertung gem. § 164 gemachten Vorgaben durch einen den Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Jahresabschlussprüfung des offenen Publikums-AIF zu überprüfen.“

Abschnitt 4
Geschlossene Publikums - AIF
Unterabschnitt 1
Allgemeine Vorschriften für geschlossene Publikums-AIF

Zu § 236 KAGB-E (Bewertung):

Nach § 236 Nr. 3 KAGB-E ist § 164 KAGB-E mit verschiedenen Maßgaben anzuwenden. Zwecks (allgemeiner) Vorgaben für den Bewertungsturnus der Vermögensgegenstände regen wir zur Verringerung einer etwaigen Erwartungslücke an, den Begriff „zeitnah“ einzufügen. Zwar muss die zugrunde gelegte Vermögensaufstellung aktuell sein; sofern jedoch das Gutachten für den von der

Seite 10/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

Gesellschaft gehaltenen Vermögensgegenstand, das den wesentlichen Teil des zu ermittelnden Wertes bestimmt, seinerseits nicht aktuell ist, entsteht eine Erwartungslücke hinsichtlich der Validität des ermittelten Wertes. Die Benennung einer konkreten Zeitspanne (z.B. 6 Monate) erscheint jedoch angesichts unterschiedlicher zu bewertender Vermögensgegenstände nicht sachgerecht; der Bewertungssturnus ist entsprechend nach dem jeweiligen Einzelfall zu wählen, jedoch unter der Nebenbedingung der Zeitnähe.

Darüber hinaus empfehlen wir eine Klarstellung des unbestimmten Rechtsbegriffs „nach den für die Bewertung von Unternehmensbeteiligungen allgemein anerkannten Grundsätzen“. Angesichts des allgemeinen Verweises auf § 164 KAGB-E in der Vorschrift empfiehlt sich eine Bezugnahme auf die Grundsätze des § 164 Abs. 3 KAGB-E, nach dem für Vermögensgegenstände, für die die Voraussetzungen nach § 164 Abs. 2 KAGB-E nicht vorliegen oder für die kein handelbarer Kurs verfügbar ist, der Verkehrswert zugrunde zu legen ist, der bei sorgfältiger Einschätzung nach geeigneten Bewertungsmodellen unter Berücksichtigung der aktuellen Marktgegebenheiten angemessen ist. Der neu zufassende § 236 Nr. 3 KAGB-E lautet danach wie folgt:

„3. Der Wert eines Vermögensgegenstandes im Sinne des § 225 Absatz 1 Nummer 5 bis 8 ist nach den für die Bewertung von Unternehmensbeteiligungen allgemein anerkannten Grundsätzen des § 164 Abs. 3 zu ermitteln, wobei die im Jahresabschluss oder in der Vermögensaufstellung der in § 225 Absatz 1 Nummer 5 bis 8 genannten Gesellschaft ausgewiesenen Immobilien, Schiffe, Flugzeuge oder Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien mit dem Wert anzusetzen sind, der von einem nach § 238 bestellten externen Bewerter zeitnah festgestellt wurde.“

Ergänzend weisen wir noch auf folgende Punkte hin:

Zu § 20 Abs. 2, 3 KAGB-E (Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb – Umfang der Dienstleistungen und Nebendienstleistungen):

Wir bitten um eine Klarstellung, welche Dienstleistungen und Nebendienstleistungen erbracht werden dürfen, wenn z.B. einer externen OGAW-Kapitalverwaltungsgesellschaft eine Erlaubnis als AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft erteilt wird oder umgekehrt. Nach der Gesetzesbegründung wäre die Kapitalverwaltungsgesellschaft in diesen Fällen sowohl OGAW-Kapitalverwaltungsgesellschaft als auch AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft (vgl. Begründung Besonderer Teil zu § 20 KAGB-E, S. 360). Da der Katalog der Dienstleistungen und Nebendienstleistungen in § 20 KAGB-E materiell voneinander abweicht, bleibt der Kreis der zulässigen Dienstleistungen und Nebendienstleistungen bei einer solchen "sowohl-als-auch" Konstellation unklar.

Seite 11/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

Zu § 36 KAGB-E (Auslagerung):

(a) § 36 Abs. 1 Nr. 3 KAGB-E normiert, dass eine Auslagerung der Portfolioverwaltung oder des Risikomanagements nur an solche Unternehmen erfolgen darf, die für Zwecke der Vermögensverwaltung oder der Finanzportfolioverwaltung zugelassen oder registriert sind und einer Aufsicht unterliegen. Etwas anderes gilt nach Satz 2 nur dann, wenn eine "vorherige Genehmigung" durch die BaFin für die Auslagerung erfolgt ist. Der Begriff der "vorherigen Genehmigung" ist Art. 20 Abs. 1 Bstb. c) der AIFM-Richtlinie entlehnt. Das deutsche Recht normiert eine Legaldefinition für die Begriffe der "Zustimmung", "Einwilligung" und "Genehmigung" in den §§ 182 bis 184 BGB. Danach ist die "Zustimmung" als Oberbegriffe für die Begriffe "Einwilligung" und "Genehmigung" anzusehen. Der Begriff der "Einwilligung" ist gem. § 183 BGB als "vorherige Zustimmung" bestimmt, der Begriff der "Genehmigung" meint die "nachträgliche Zustimmung" (vgl. § 184 Abs. 1 BGB). § 36 Abs. 1 Nr. 3 KAGB-E fügt sich mit dem Begriff der "vorherigen Genehmigung" somit nicht in die durch das deutsche Zivilrecht geprägten Begrifflichkeiten ein. Wir regen an, den Begriff der "vorherigen Genehmigung" durch den Begriff der "vorherigen Zustimmung" oder der "Einwilligung" zu ersetzen.

(b) § 36 Abs. 10 Satz 2 KAGB-E ordnet eine entsprechende Anwendbarkeit der Level 2-Verordnung gem. Artikel 20 Abs. 7 der Richtlinie 2011/61/EU hinsichtlich der Bedingungen zur Erfüllung der Anforderungen nach Absatz 1 bis 3 und 6 bis 7 sowie der Umstände, unter denen angenommen wird, dass die OGAW-Kapitalverwaltungsgesellschaft im Sinne von "**Absatz 3**" ihre Funktionen in einem Umfang übertragen hat, der sie zu einer Briefkastenfirma werden lässt, an.

Unseres Erachtens handelt es sich bei dem Verweis auf § 36 Abs. 3 KAGB-E um einen redaktionellen Fehler. Richtigerweise müsste es hier "Absatz 5" heißen, da in diesem Absatz die Anforderung aufgestellt wird, Funktionen nicht in einem solchen Umfang zu übertragen, der dazu führt, dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft nicht länger als Verwaltungsgesellschaft angesehen werden kann und zu einem Briefkastenunternehmen wird.

Zu §§ 73, 84 KAGB-E (Haftung):

Nach § 73 Abs. 1 Satz 1 KAGB-E haftet die Verwahrstelle gegenüber dem inländischen OGAW oder gegenüber den Anlegern des inländischen OGAW für das Abhandenkommen durch die Verwahrstelle oder durch einen Unterverwahrer, dem die Verwahrung von Finanzinstrumenten nach § 68 Abs. 1 KAGB-E

Seite 12/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

übertragen wurde. Eine entsprechende Regelung trifft § 84 Abs. 1 Satz 1 KAGB-E für die Haftung von AIF-Verwahrstellen. Die genannten Vorschriften übernehmen vollständig den Wortlaut der AIFM-Richtlinie. In diesem Zusammenhang erbitten wir eine Klarstellung dahingehend, wie das Verhältnis der genannten Vorschriften des KAGB-E zu den schuldrechtlichen Regelungen des BGB (insbes. § 280 BGB) zu verstehen ist.

Zu § 79 Abs. 5 KAGB-E (Kontrollfunktion):

Im Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeitskontrolle der Depotbank für AIF in § 79 Abs. 5 KAGB-E wird die Kontrolle von Gesetz und Anlagebedingungen auf den Fall beschränkt, dass die Verwahrstelle selbst Weisungen der KVG ausführt. Soweit das Bankkonto bei einem Dritten geführt wird, ist die Verwahrstelle nicht zwangsläufig in die Durchführung einer Transaktion eingebunden (vgl. § 80 Abs. 1 Nr. 2). Aufgrund des Wortlauts der vorgesehenen Vorschrift trägt die Verwahrstelle demzufolge keine Verantwortung für die Sicherstellung, dass die eingebundenen Parteien die Transaktion nur nach einer sog. Rechtmäßigkeitskontrolle ausführen. Dies wäre jedoch aufgrund des Wortlauts in Art. 19 Abs. 9 Buchst. c) AIFMD zu fordern. Die ebenfalls von der Verwahrstelle verlangte Kontrolle der Zahlungsströme in Art. 19 Abs. 7 der Richtlinie bezieht sich nur auf die Ordnungsmäßigkeit – ohne weitere qualitative Aspekte. In der Richtlinie sind jedoch nur wenig detaillierte Ausführungen zur „Ordnungsmäßigkeit“ enthalten, woraus sich regelmäßig ableiten lässt, dass „Ordnungsmäßigkeit“ nicht mit „Rechtmäßigkeit“ gleichzusetzen ist.

Zu § 172 KAGB-E (Pflichten und Besonderheiten für Kapitalanlagegesellschaft und Verwahrstelle):

Der Titel von § 172 KAGB-E sollte - entsprechend der Nomenklatur des KAGB-E - "Pflichten und Besonderheiten für *Kapitalverwaltungsgesellschaft* und Verwahrstelle" lauten.

Zu Art. 28 (Folgeänderungen in Rechtsverordnungen):

Art. 28 Abs. 4 und Abs. 14 : Änderung der WpDPV und der PrüfbV

Im Hinblick auf die Folgeänderungen in der WpDPV und der PrüfbV verweisen wir auf unsere Ausführungen zu den Prüfungspflichten für Verwahrstellen. Fer-

Seite 13/13 zum Schreiben vom 17.08.2012 an Herrn MinR Uwe Wewel, BMF

ner regen wir an, den Wortlaut der WpDPV und PrüfV im Hinblick auf die Prüfung der Verwahrstellen gleichlautend zu fassen.

Für weitere Erläuterungen stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

•
Dr. Feld