

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Referat WA 41
Marie-Curie-Straße 24-28
60439 Frankfurt am Main

Per E-Mail: Konsultation-05-15@bafin.de

Datum	Durchwahl	E-Mail
Frankfurt, den 13.5.2015	069 15 40 90 253	alexander.kestler@bvi.de

BVI-Stellungnahme zum Entwurf eines Rundschreibens zu den Anforderungen bei der Bestellung externer Bewerter
GZ: Konsultation 05/2015, WA 41-Wp 2137-2013/0216

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir begrüßen es, dass die BaFin ihre Verwaltungspraxis zu den neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Bestellung externer Bewerter nach § 216 KAGB in einem Rundschreiben erläutert. Nach unserer Einschätzung entsprechen die im Entwurf getroffenen Festlegungen bereits weitestgehend der aktuellen Praxis, so dass kein nennenswerter Anpassungsbedarf zu erwarten ist. In diesem Zusammenhang bedanken wir uns für die zahlreichen Erörterungen mit Ihnen im Vorfeld des Entwurfsschreibens. Diese Gespräche haben uns ermöglicht, der Praxis rechtzeitig rechtskonforme Mustervorlagen für diverse Vertragsarten und eine Bewertungsrichtlinie zur Verfügung zu stellen.

Hinsichtlich der aufsichtsrechtlichen Praxis ist aus unserer Sicht weiterhin besonders darauf zu achten, bewährte Prozesse nicht ohne Not mit bürokratischen Anforderungen zu überfrachten, die keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn für die Aufsicht oder den Anleger bringen. Dies ist mit dem Rundschreibenentwurf in weiten Teilen gelungen. Insoweit sehen wir nur noch einen geringen Änderungs- bzw. Klarstellungsbedarf, den wir Ihnen gerne nachfolgend übermitteln.

Im Einzelnen:

1. Zum Rundschreiben-Titel

Der Rundschreiben-Titel sollte aus Klarstellungsgründen wie folgt ergänzt werden:

„Rundschreiben zu den Anforderungen bei der Bestellung externer Bewerter für Immobilien **und Immobilien-Gesellschaften**“.

Der Rundschreiben-Entwurf enthält an einigen Stellen Hinweise darauf, dass der Abschlussprüfer, der den Wert der Beteiligung an einer Immobilien-Gesellschaft ermittelt, Bewerter im Sinne des § 216



KAGB ist. Zur Klarstellung sollte daher bereits in den Titel aufgenommen werden, dass das Rundschreiben nicht nur Anforderungen an die Bestellung externer Bewerter für Immobilien regelt, sondern auch die Bestellung von Abschlussprüfern für Immobilien-Gesellschaften.

2. Zur Vorbemerkung

Die Vorbemerkung des Rundschreibens sollte um folgenden Satz ergänzt werden, um Erleichterungen für Bewerter von Spezial-AIF zu schaffen:

„Die vorgenannten Differenzierungen können bei Spezial-AIF unterbleiben, sofern die KVG nicht ausdrücklich eine Einschränkung vornimmt.“

Die Kapitalverwaltungsgesellschaft (im folgenden „KVG“) soll der BaFin künftig anzeigen, für welches Investmentvermögen der Bewerter bestellt wird und ob dieser als Ankaufs- oder Regelbewerter tätig werden soll. Hintergrund dieser Anforderung ist offensichtlich § 231 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KAGB, wonach bei Immobilien-Sondervermögen Ankaufsbewerter nicht mit den Regelbewertern identisch sein dürfen.

Die Regelung ist für Publikums-Sondervermögen zwingend. Für Spezial-AIF ist es der KVG gemäß § 284 Abs. 2 Nr. 1 KAGB allerdings gestattet, mit Zustimmung der Anleger unter Einhaltung lediglich noch der Vorgaben in § 216 KAGB von den Voraussetzungen des § 231 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KAGB abzuweichen. Hierbei könnte die KVG z. B. auch vorsehen, dass ein externer Bewerter gleichzeitig die Ankaufs- und Regelbewertung für einen von der KVG verwalteten Spezial-AIF vornimmt.

Diese Flexibilität sollte nicht eingeschränkt werden. Bei Spezial-AIF sollte daher auf die in Rede stehende Anzeigepflicht verzichtet werden, sofern die KVG nicht ausdrücklich selbst eine Einschränkung vornehmen möchte. Andernfalls würde jegliche Änderung automatisch einen Meldevorgang auslösen bzw. einen Zeitvorlauf erfordern, was aus Sicht unserer Mitglieder aus dem Spezialfondsbereich unnötigen bürokratischen Aufwand erzeugt.

3. Zu Ziffer II. Nr. 1 Ausreichendes Personal und technische Ressourcen

- a) Ziffer II Nr. 1 (a) sollte ersatzlos entfallen, weil die Vorgabe ohne weitere Konkretisierung nicht verhältnismäßig ist.

Künftig sollen gemäß Ziffer 1. (a) in der Anzeige das in den Bewertungsprozess einbezogene Personal unter Nennung des Namens und der Funktion angegeben werden.

Diese Vorgabe ist in Artikel 73 AIFM-VO nicht ausdrücklich enthalten und in dieser Detailtiefe auch nicht gefordert. Wir können es Sinn und Zweck der Vorschrift nicht entnehmen, dass neben der namentlichen Benennung des verantwortlichen Bewerter auch personelle Daten Dritter offengelegt werden müssen, die am Bewertungsprozess lediglich mitwirken. Wir halten es nicht für verhältnismäßig, ohne weitere Kriterien beteiligte Analysten und Mitarbeiter, die möglicherweise lediglich untergeordnete Teiltätigkeiten erbringen, namentlich und unter Nennung der Funktion der BaFin zur Kenntnis zu bringen; ausreichende Informationen über die Einbindung Dritter wird die BaFin bereits im Rahmen der



Darlegung der technisch-organisatorischen Erläuterung bzw. der internen Abläufe im Bewertungsverfahren erhalten.

Sofern die BaFin an dieser Anforderung festhalten will, regen wir hilfsweise an, den betroffenen Personenkreises zumindest näher zu konkretisieren. Ansonsten bliebe offen, ob z. B. auch extern herangezogene Dienstleister anzugeben wären.

b) Die Anforderungen zu Ziffer II Nr. 1 (b) sollten näher definiert werden, weil sie unklar sind.

Nach Ziffer (b) ist eine „kurze Erläuterung der technisch-organisatorischen Ausstattung“ erforderlich. Unklar ist, was die BaFin genau unter der „technisch-organisatorischen Ausstattung“ versteht. Ist hiermit die Angabe der Hard- **und** Software gemeint? Wir fragen uns darüber hinaus, welche Aussagekraft derartige Angaben haben und regen deshalb an, die Vorgabe näher zu konkretisieren oder als Zusicherung auszugestalten.

4. Zu Ziffer II. Nr. 2 Adäquate Bewertungsverfahren

a) Die Vorgabe in Ziffer II Nr. 2 (a) ist unklar und sollte näher konkretisiert werden.

Künftig sollen gemäß Ziffer 2. (a) in der Anzeige vor dem Hintergrund von Art. 73 Abs. 2 (b) AIFM-VO „die internen Abläufe im Bewertungsverfahren“ dargestellt werden.

Uns ist nicht klar, was hiermit genau gemeint ist bzw. wie tiefgehend die Darstellung sein soll. Ist hiermit eine Prozessbeschreibung allein für die Prozesse beim Bewerter gemeint? Eine ordnungsgemäße Bewertung liegt aus unserer Sicht vor, wenn der Bewerter kontrolliert, ob die KVG alle notwendigen Unterlagen geliefert hat, der Bewerter diese dann ebenso wie seine eigenen Marktkenntnis und ggf. zusätzliche Rechercheergebnisse bei der Bewertung zugrunde legt und dabei ein anerkanntes Bewertungsverfahren anwendet. Ob diese Darstellungstiefe ausreicht, lässt das Rundschreiben nicht zweifelsfrei erkennen.

b) Die Vorgabe in Ziffer II Nr. 2 (b) sollte durch eine entsprechende vertragliche Erklärung erfüllt werden können.

Ziffer II Nr. 2 (b) verlangt die Abgabe einer sog. Unabhängigkeitsbescheinigung. Wir gehen davon aus, dass eine derartige Erklärung auch im Bestellsvertrag mit der KVG vorgesehen werden kann und dann darüber hinaus keine gesonderte Erklärung gegenüber der BaFin notwendig ist.

c) Die Vorgabe in Ziffer II Nr. 3 (c), letzter Absatz, sollte wie folgt ergänzt werden:

„Die Zusammenstellung über die Verkehrswertgutachten nach Buchstabe (c) soll dem Nachweis dienen, ob der externe Bewerter besondere Erfahrung auf dem Gebiet der Bewertung von Liegenschaften in dem zu bewertenden Immobilien-Teilmarkt aufweist, die nach Nutzungsart, Größenordnung, Lage usw. typisch für das jeweilige Investmentvermögen sind, für das die Bewertungen

vorgenommen werden sollen. **Eine entsprechende Qualifikation wird vermutet, wenn die besondere Erfahrung des Bewerbers typischerweise vorliegt. (...)**“

Insbesondere hinsichtlich neuer Immobilien-Märkte oder Spezial-Immobilien stehen nicht in jedem Fall konkrete Nachweise für ausreichende Erfahrung zur Verfügung. In diesen Fällen muss auf den „abstrakten“ Erfahrungsschatz des Bewerbers abgestellt werden. Andernfalls wäre es beispielsweise zwingend erforderlich, dass für die Bewertung eines Logistik-Zentrums in Nürnberg bereits früher Logistik-Zentren in Nürnberg bewertet werden mussten. Daher sollte es ausreichen, wenn eine ausreichende Bewertungserfahrung für Logistik-Zentren der gleichen Art nachgewiesen werden kann.

5. Zu Ziffer II - Anforderungen an die Bestellung von Abschlussprüfern

Es sollte klargestellt werden, dass die Nachweise der beruflichen Garantien (Ziffer 2 des Rundschreibenentwurfs) und die Anforderungen an die fachliche Eignung und Zuverlässigkeit des externen Bewerbers (Ziffer 3 des Rundschreibenentwurfs) nicht auf Abschlussprüfer nach § 319 HGB Anwendung finden.

Der Rundschreibenentwurf sieht vor, dass die Anforderungen an den externen Bewerter (Nachweis der beruflichen Garantien nach § 216 Abs. 2 Nr. 2 KAGB, insbesondere die Unabhängigkeitserklärungen sowie die fachlichen Eignungsvoraussetzungen nach Art. 73 Abs. 2 c) und d) AIFM-VO) auch für den Abschlussprüfer, der nach § 250 Abs. 1 Nr. 2 KAGB den Wert einer Beteiligung an einer Immobilien-Gesellschaft ermittelt, gelten sollen. Nur die Einreichung des Lebenslaufs und der Nachweis-Gutachten soll entbehrlich sein.

Die für den Abschlussprüfer genannten Verpflichtungen sind weitgehend überflüssig und erzeugen unnötigen bürokratischen Aufwand. Die fachlichen und beruflichen Anforderungen an die Bestellung des Abschlussprüfers sind bereits in § 319 HGB sowie in der Wirtschaftsprüferordnung umfassend geregelt. Eine kumulative Anwendung von zum Teil inhaltlich übereinstimmenden Anforderungen des externen Bewerbers auf den Abschlussprüfer ist daher nicht erforderlich.

Die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers ist bereits nach § 319 Abs. 2 und 3 HGB hinreichend sichergestellt. Liegt ein Befangenheitsgrund nach § 319 Abs. 2 HGB vor, wonach der Abschlussprüfer Beziehungen geschäftlicher, finanzieller oder persönlicher Art zu der zu prüfenden Gesellschaft aufweist, ist er als Abschlussprüfer ausgeschlossen. Diese Anforderungen an die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers wird in § 319 Abs. 3 HGB noch dahingehend konkretisiert, dass es keine direkte oder indirekte Beteiligung und keine personellen Verflechtungen zwischen Abschlussprüfer (oder einer in gleicher Bürogemeinschaft tätigen Person) und der zu prüfenden Gesellschaft geben darf. Zudem sind zur Sicherung der Unabhängigkeit auch über die Prüfung hinausgehende Tätigkeiten aufgelistet, von deren Vornahme der Abschlussprüfer bei der zu prüfenden Gesellschaft ausgeschlossen ist.

Ebenso sind die in Ziffer II.3. vorgesehenen Anforderungen an die fachliche Eignung und Zuverlässigkeit des externen Bewerbers bereits durch die Anforderungen der Wirtschaftsprüferordnung erfüllt. Die Bestellung zum Wirtschaftsprüfer setzt nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 Wirtschaftsprüferordnung voraus, dass keine strafrechtliche Verurteilung, die die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter ausschließt, gegeben ist. Nach § 20 Abs. 2 Nr. 2 Wirtschaftsprüferordnung ist die Bestellung zu widerrufen, wenn der Wirtschaftsprüfer infolge strafrechtliche Verurteilung die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter



verloren hat. Es ist daher überflüssig, zusätzliche Führungszeugnisse und einen Auszug aus dem Gewerbezentralregister zu verlangen.

Daneben ist es überflüssig, vom Abschlussprüfer nach Ziff. II.3.b) des Rundschreibenentwurfs eine Erklärung zu ihm betreffenden Insolvenzverfahren zu verlangen, weil der Wirtschaftsprüfer - wenn er sich nicht in geordneten wirtschaftlich Verhältnissen (insbesondere Insolvenz) befinden sollte - nach § 16 Abs. 1 Nr. 7 Wirtschaftsprüferordnung nicht als Wirtschaftsprüfer bestellt würde bzw. seine Bestellung bei Eintritt der nicht geordneten wirtschaftlichen Verhältnisse nach § 20 Abs. 2 Nr. 5 Wirtschaftsprüferordnung widerrufen würde.

Sollten Sie unserer Forderung nicht nachkommen wollen, regen wir hilfsweise an, zumindest klarzustellen, dass 1) die Erklärungen des externen Bewerter zu seiner Unabhängigkeit nach Ziff. II.2.b) des Rundschreibenentwurfs und 2) die Voraussetzung zu Zuverlässigkeit nach Ziff. II.3 b) des Rundschreibenentwurfs nicht für Abschlussprüfer nach § 319 HGB gelten.

6. Zu Ziffer III – Entsprechende Anwendung der Auslagerungsvorschriften

a) Angabe eines objektiven Grundes, der die Bestellung eines externen Bewerter rechtfertigt

Ziffer III. Nr. 1 des Rundschreibenentwurfs stellt fest, dass spezielle Regelungen zur Auslagerung auf die Bestellung des externen Bewerter entsprechende Anwendung finden. Hierzu zählt auch die Vorgabe gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 1 KAGB, wonach die Auslagerungsstruktur anhand von objektiven Gründen zu rechtfertigen ist. Wir gehen davon aus, dass im Spezialfondsbereich ggf. ein allgemeiner Hinweis auf das Nicht-Bestehen einer eigenen internen Bewertungseinheit oder einen speziellen Kundenwunsch ausreicht, der keine weiteren Darlegungen erforderlich macht.

b) Nachweise zur Überwachung und wirksamen Beaufsichtigung

Ziffer III Nr. 2 und 3 des Rundschreibenentwurfs fordert Nachweise, welche Maßnahmen zur Überwachung des externen Bewerter durch die KVG und die Sicherstellung der wirksamen Beaufsichtigung durch die BaFin von der KVG getroffen wurden.

Wir gehen davon aus, dass hinsichtlich der Anforderung der Maßnahmen zur Überwachung des externen Bewerter durch die AIF-KVG sowohl bezüglich der Immobilien-Bewertung als auch bezüglich der Bewertung der Immobilien-Gesellschaften die selbständige Proberechnung durch die KVG mit anschließendem Abgleich mit den Gutachten sowie anschließender Klärung unplausibler Abweichungen sowie einer Fristenkontrolle für die Erstellung der Gutachten ausreichend sind. Ferner weisen wir darauf hin, dass im Bestellungsvertrag regelmäßig Vereinbarungen hinsichtlich der Gewährleistung von Einsichts- und Herausgaberechten getroffen werden. Insoweit schlägt der BVI/BIIS-Mustervertrag für die Bestellung eines externen Bewerter die Aufnahme folgender Regelungen vor:

„§ 5 Einsichts- und Herausgaberechte

1. Der Auftragnehmer wird der Gesellschaft sowie deren Interner Revision, Datenschutzbeauftragten, Compliance-Beauftragten, unabhängigen Wirtschaftsprüfern, Vertretern bzw. beauftragten Prüfern der BaFin und



ihrer Rechtsnachfolger oder anderen deutschen Behörden Zugriff auf die die Gesellschaft betreffende Unterlagen in schriftlicher und elektronischer Form (nachstehend insgesamt als „Bücher“ bezeichnet) sowie Zutritt in seine Geschäftsräume gewähren, und die Vervielfältigung dieser Unterlagen aus diesen Büchern ermöglichen sowie sonstige Informationen zur Verfügung stellen, sofern diese Pflichten des Auftragnehmers nach diesem Vertrag betreffen und von der Gesellschaft oder den vorgenannten Personen oder Aufsichtsbehörden im Rahmen der regelmäßigen oder ad-hoc Prüfung der Bücher, im Zusammenhang mit der satzungsmäßigen Prüfung des Jahresabschlusses der Gesellschaft oder einer Sonderprüfung oder nach anderen einschlägigen Vorschriften verlangt werden können. Die unabhängige Gutachterstellung und die Wahrung der berufrechtlichen Pflichten und Belange der Bewerber, insbesondere mit Blick auf die Vertraulichkeit und Geheimhaltung von Daten, Unterlagen und Informationen Dritter bleiben hiervon unberührt.

2. Der Auftragnehmer wird der Verwahrstelle des betreffenden Sondervermögens nach Maßgabe von Absatz 1 ebenfalls Zugang zu allen Büchern sowie Zutritt zu seinen Geschäftsräumen gewähren und Informationen erteilen, soweit dies zur Wahrnehmung der Aufgaben der Verwahrstelle erforderlich ist;¹

3. (...“

Ferner enthält der BVI/BIIS-Mustervertrag hinsichtlich der Sicherstellung einer wirksamen Beaufsichtigung durch die BaFin folgende Regelung:

„§ 3 Zusicherungen des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer sichert zu, dass er während der Dauer seiner Tätigkeit

(...),

im Rahmen der Wahrnehmung seiner Aufgaben mit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“) zusammenarbeitet.“

Sollten Sie darüber hinausgehende Nachweise für erforderlich halten, bitten wir um einen entsprechenden Hinweis nebst genauer Spezifizierung der Anforderung.

c) Anzeigepflichten

Wir bitten um Klarstellung, ob neben der Absichtsanzeige der Bestellung für einen Bewerber zusätzlich eine Anzeige über die erfolgte Bestellung (Vertragsschluss) notwendig ist.

Ziffer III, letzter Absatz des Rundschreibenentwurfs bestimmt, dass der BaFin gemäß § 36 Abs. 2 KAGB die beabsichtigte Bestellung des externen Vertreters vor Aufnahme der Tätigkeit anzuzeigen ist. Der Entwurf lässt offen, ob zusätzlich noch eine Bestellanzeige nach § 216 Abs. 5 KAGB erforderlich ist.

7. Zu Ziffer V - Besonderheiten bei juristischen Personen oder Personengesellschaften

a) Ziffer V, Abs. 1, Satz 4 sollte klarstellend wie folgt ergänzt werden:

"So können zum Beispiel die Voraussetzungen wie das Fachwissen in Bezug auf die Anlagestrategie des AIF und die zu bewertenden Vermögenswerte **oder die Erfahrung oder die Wahrung**

¹ Art. 92 Abs. 4 VO (EU) Nr. 231/2013.

einer ordnungsgemäßen und unabhängigen Bewertung nur unter Anknüpfung an konkrete handelnde Personen nachgewiesen werden."

Das Entwurfsschreiben führt aus, dass die Voraussetzungen des § 216 Abs. 2 KAGB grundsätzlich bezogen auf die juristische Person oder Personengesellschaft nachzuweisen sind. Weiter heißt es, dass der Nachweis der vorhandenen personellen und technischen Ressourcen (Art. 73 Abs. 2 lit. a) AIFM-VO) auch für eine juristische Person oder Personengesellschaft ohne weiteres möglich ist, während der Nachweis bestimmter Voraussetzungen, wie z. B. Fachwissen in Bezug auf die Anlagestrategie des AIF und die zu bewertenden Vermögenswerte (Art. 73 Abs. 2 lit. c) AIFM-VO) oder aber auch die Erfahrung (Art. 73 Abs. 2 lit. d) AIFM-VO) nur unter Anknüpfung an die konkret handelnde Person nachgewiesen wird. Keine Erwähnung findet das Kriterium eines adäquaten Verfahrens zur Wahrung einer ordnungsgemäßen und unabhängigen Bewertung (Art. 73 Abs. 2 lit. a) AIFM-VO). Auch bei diesem Kriterium ist unseres Erachtens allein auf die konkret handelnde Person abzustellen.

b) Der Begriff „dauerhaft“ sollte gestrichen werden.

Nach dem Entwurfsschreiben muss eine in einem Unternehmen beschäftigte natürliche Person dort „dauerhaft“ beschäftigt sein. Unklar ist, wie dieser Begriff auszulegen ist. Fraglich ist z. B., ob ein befristetes Arbeitsverhältnis oder ein Doppelarbeitsverhältnis die Anforderung des Entwurfsschreibens erfüllt. Im Hinblick auf die Schwierigkeit einer sachgerechten Begriffsdefinition schlagen wir vor, das Wort „dauerhaft“ ersatzlos zu streichen.

c) Die Notwendigkeit der namentlichen Nennung der Bewerter in der Bewertungsrichtlinie der KVG sollte gestrichen werden.

Nach dem Entwurfsschreiben sind „im Rahmen der Bewertungsrichtlinie die für das jeweilige Investmentvermögen zuständigen Personen zu benennen, die die Aufgaben in Bezug auf das jeweilige Investmentvermögen wahrnehmen.“

Die Nennung der einzelnen Bewerter in die Bewertungsrichtlinie ist rechtlich nicht geboten und würde einen unverhältnismäßig hohen bürokratischen Aufwand verursachen. Das Gesetz sieht insoweit nur eine Angabe im Verkaufsprospekt vor. Die Bewertungsrichtlinie ist ein internes Dokument der KVG. In der Praxis erhalten alle Bewerter die Richtlinie der jeweiligen KVG und wenden diese verpflichtend an. Dies ist aus unserer Sicht angemessen, aber auch ausreichend.

Wir würden uns freuen, wenn Sie unsere Anmerkungen berücksichtigen würden. Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Marcus Mecklenburg

Alexander Kestler