LM AUDIT & TAX GMBH
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft

LM AUDIT & TAX GMBH | Paul-Gerhardt-Allee 50 | 81245 München

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
Referat WA 41
Lurgiallee 12
60439 Frankfurt

München, 08.07.2013
19989/ /tj

Geschäftszeichen: Konsultation 15/ 2013; WA 41 – WP 2137 – 2013/ 0080
Stellungnahme im Rahmen der Konsultation 15/ 2013

Sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für die Gelegenheit, zum derzeitigen Entwurf des Merkblattes zu den Anforderungen an Treuhänder als Verwahrstelle nach § 80 Abs. 3 KAGB Stellung nehmen zu dürfen.

Als mittelständische Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft im Verbund mit unserer Partnerschaft aus Rechtsanwalt und Steuerberatern bestehend aus insgesamt 6 Partnern und rund 30 Mitarbeiterinnen- und Mitarbeitern, betreuen wir als Tätigkeitsschwerpunkt langjährig Mandate aus den Bereichen Private-Equity und Immobilienfonds. Mit Ausnahme der Fondsstrukturierung umfasst unsere Dienstleistungspalette das gesamte Spektrum von der Gesellschaftsgründung über die laufende Buchführung und Reporting, Abwicklung des Zahlungsverkehrs, Jahresabschlusserstellung, die Erstellung von Voranmeldungen und Jahreserklärungen bis zur steuerlichen Beratung in allen Fragen des Tagesgeschäfts. Vor diesem Hintergrund beabsichtigen wir, sowohl die Tätigkeit als Verwahrstelle nach § 80 (2) KAGB als auch die Tätigkeit als Treuhänder nach § 80 (3) KAGB unseren in- und ausländischen Mandanten zur Ergänzung unseres vorhandenen Dienstleistungsportfolios anzubieten.

Zum Entwurf des o.g. Merkblattes nehmen wir aus unserer Sicht daher Stellung wie folgt:

1) Zu III. 1. (Benennungsschreiben)
   Die Sollregelung des gemeinsamen erläuternden Anschreibens ist in der Praxis impraktikabel, da einerseits der künftige Treuhänder wegen fehlender Rechtssicherheit, ob alle Voraussetzungen erfüllt und die erbrachten Nachweise von der BaFin anerkannt werden, damit seine Dienstleistung (noch) nicht aktiv am Markt anbieten kann und andererseits die Durchführung des Benennungsprozederes kurz vor bzw. bei Auftragserteilung in der Praxis extrem zeitkritisch ist. Der potentielle Auftraggeber wird gemeinhin wenig gewillt sein, ein Gesamtpaket von Dienstleistungen an einen Anbieter zu übertragen, ohne vorher

Gewissheit darüber zu haben, ob dieser Anbieter letztendlich auch die Voraussetzungen für die Tätigkeit als Treuhänder nach § 80 Abs. 3 KAGB erfüllt. Im Übrigen stellt dieses Prozedere auch einen erheblichen Wettbewerbsnachteil gegenüber Anbietern dar, welche bereits über eine solche Genehmigung verfügen, sei es dass sie als Bank bereits über diese verfügen oder einfach nur das Glück hatten, einige Zeit vorher ein entsprechendes Mandat anzunehmen und das Benennungsprozedere zeitlich vor anderen Wettbewerbern zu durchlaufen. Im Zweifel wird der Mandant hier denjenigen Anbieter auswählen, der bereits in mindestens einem Fall erfolgreich benannt ist, was insb. für kleinere Anbieter auch bei sehr guter fachlicher Eignung eine ganz erhebliche Markteintrittsbarriere darstellt.

Wünschenswert wäre eine Genehmigung vorab „quasi auf Vorrat", evtl. mit einem nachgelagerten finalen Bestätigungsprozedere für den jeweiligen Mandats-/ Anwendungsfall.

2) Zu IV. 2 (Fachkenntnisse)
Der Nachweis der Fachkenntnisse, insbesondere der Begriff der (a) „erforderlichen Erfahrung" ist derzeit unbestimmt. Ebenso die (b) „nachgewiesene Fähigkeit zur Prüfung der Organisation und der Abläufe in einem Unternehmen". Darüber hinaus ist fraglich, wie die mehrjährige Tätigkeit als Berater oder in der Verwaltung geschlossener Fonds nachzuweisen ist.

Hier wäre eine Regelung wünschenswert, wonach bei nachgewiesenem Examen als RA, WP, StB grundsätzlich die fachliche Befähigung und Erfahrung nach obigem Buchstaben (a) angenommen wird (z.B. analog § 28 WPO) und nur in Ausnahmefällen von der BaFin weitere Nachweise verlangt werden. Es gelten für die vorstehend genannten Berufsgruppen ja ohnehin die berufsrechtlichen Regelungen i.S. Gewissenhaftigkeit, Eigenverantwortlichkeit, Unabhängigkeit etc.
Im Übrigen sollte für die Inhaber bzw. Gesellschafter mittelständischer Kanzleien positiv unterstellt sein, dass diese auch die Fähigkeit nach obigem Buchstaben (b) erfüllen. Die Problematik des Nachweises einer mehrjährigen Tätigkeit als Berater oder in der Verwaltung geschlossener Fonds könnte u.E. – vorbehaltlich der Wahrung des Datenschutzes und der Vertraulichkeit - praktikabel allenfalls durch Vorlage entsprechender Mandatsvereinbarungen zu bestehenden Mandanten, alternativ (vorzugsweise) durch Selbstauskunft mit eidesstattlicher Versicherung erfüllt werden.

3) Zu IV. 3. a. (Haftpflichtversicherung)
Die Mindestversicherungssumme von 1,0 mio. ist akzeptabel; die weitere Forderung nach 10 % des in die AIF eingesetzten Kapitals wird bei Fondsvolumen im Private Equity und Immobilienbereich von 100 – 500 mio. je Fonds bereits bei einer überschaubaren Fondsanzahl exorbitante Versicherungssummen erfordern, welche insb. für mittelständische WP, StB Gesellschaften dann wirtschaftlich nicht mehr tragbar sind.

Wünschenswert wäre eine generelle Beschränkung maximal auf die für WP Gesellschaften (§ 54 a (1) Nr. 2 WPO i.V.m. § 323 (2) S. 1 HGB berufsrechtlich geforderten 4,0 mio. EUR. Ansonsten bestünde insoweit ebenfalls eine erhebliche Markteintrittsbarriere für kleine und mittelgroße Anbieter trotz viel praktischer Erfahrung und bester fachlicher Qualifikation. Zudem ist nicht ersichtlich, warum der drohende Vermögensschaden aus der Tätigkeit als Wirtschaftsprüfer bei der Prüfung börsennotierter Großkon-

zerne und völlig unabhängig u.a. von der Bilanzsumme zu versichern ist, während die Tätigkeit als Treuhänder mit einem Bruchteil des potenziell drohenden Vermögensschadens aus einer Tätigkeit als Treuhänder abgedeckt werden soll. Ein Gleichklang beider Regelungswerke, also Haftung nach WPO und Treuhänderhaftung nach KAGB erscheint hier auch aus Gleichbehandlungsgründen als wünschenswert und würde zudem die Bereitstellung entsprechender Versicherungslösungen durch die Versicherungswirtschaft in vielen Fällen wohl erst ermöglichen.

4) Zu IV a. (fixes Kapital)
Bei dem geforderten fixen Kapital von 150 TEUR ist fraglich, ob dieses in Form von Stammkapital nach § 5 GmbHG oder auch als Kapitalrücklage bzw. Gewinnrücklage dargestellt werden kann.
Hier wäre eine Anerkennung von Kapital- und Gewinnrücklagen wünschenswert.
Eine Darstellung als Kapitalrücklage nach § 272 (1) Nr. 4 HGB bzw. Gewinnrücklage nach § 272 (3) HGB hätte den Vorteil einer einfacheren und flexibleren gesellschaftsrechtlichen Anpassung an ein- und abgehende Mandate und damit veränderliche Haftungssummen.
Zudem ist fraglich, wie die kurzfristige Verfügbarkeit der liquiden Mittel bzw. Vermögensgegenstände darzustellen ist. Genügt hier eine Darstellung zum jährlichen Bilanzstichtag, Jahresdurchschnitt oder monatlich bzw. täglich ? Ferner ist fraglich, ob insb. bei WP/ StB eher kurzfristige Forderungen aus Lieferungen und Leistungen noch den Betriff der Vermögensgegenstände in diesem Sinne erfüllen.
Hier wäre in Anlehnung an § 268 (4) HGB wünschenswert, alle Forderungen mit einer Restlaufzeit bis zu einem Jahr als kurzfristig liquidierbare Vermögensgegenstände anzuerkennen.

Für Rückfragen und ggf. weitere Erörterungen stehen wir Ihnen – gerne auch in einem persönlichen Gespräch - zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Thomas Jäger
Dipl.-Betriebswirt (FH)
Steuerberater
Partner Private Equity & Real Estate
Gesellschafter
Prokurist