



WIRTSCHAFTSPRÜFERKAMMER

Körperschaft des
öffentlichen Rechts

**Stellungnahme
der Wirtschaftsprüferkammer
zur Konsultation 8/2012 der BaFin zu einem
Entwurf einer Dritten Verordnung zur Änderung der
Wertpapierdienstleistungs-Prüfungsverordnung
(WpDPV)**

Berlin, den 11. Oktober 2012

Ansprechpartner: RA Norman Geithner
Wirtschaftsprüferkammer
Postfach 30 18 82, 10746 Berlin
Rauchstraße 26, 10787 Berlin
Telefon: 0 30 - 72 61 61 - 311
Telefax: 0 30 - 72 61 61 - 287
E-Mail: norman.geithner@wpk.de
www.wpk.de

Geschäftsführer: RA Peter Maxl Telefon: 0 30 - 72 61 61-110 Telefax: 0 30 - 72 61 61-104 E-Mail: peter.maxl@wpk.de
Dr. Reiner J. Veidt Telefon: 0 30 - 72 61 61-100 Telefax: 0 30 - 72 61 61-107 E-Mail: reiner.veidt@wpk.de

An:

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Zur Kenntnisnahme:

Bundesministerium der Finanzen

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie – Referat Freie Berufe

Bundesministerium der Justiz

Bundesrechtsanwaltskammer

Bundessteuerberaterkammer

Bundesnotarkammer

Patentanwaltskammer

Bundesverband der freien Berufe

Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.

Deutscher Buchprüferverband e. V.

wp.net e. V. Verband für die mittelständische Wirtschaftsprüfung

Deutscher Wirtschaftsprüferverein e. V.

Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e. V.

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e.V. (Prüfungsstellen)

GDW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V.

Deutscher Steuerberaterverband e.V.

Deutscher Anwaltverein e.V.

Deutscher Notarverein e.V.

Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.

Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V.

Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V.

Die Wirtschaftsprüferkammer (WPK) ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, deren Mitglieder alle Wirtschaftsprüfer, vereidigten Buchprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Buchprüfungsgesellschaften in Deutschland sind. Die WPK hat ihren Sitz in Berlin und ist für ihre über 21.000 Mitglieder bundesweit zuständig. Unsere gesetzlich definierten Aufgaben sind unter www.wpk.de in den Rubriken „Über die WPK / Allgemeines“ und „Über die WPK / Aufgaben“ (<http://www.wpk.de/ueber/allgemeines.asp> und <http://www.wpk.de/ueber/aufgaben.asp>) ausführlich beschrieben.

Voranstellen möchten wir die Anmerkung, dass sich die BaFin unseres Erachtens über den Weg der Verordnung immer mehr Kompetenzen und Befugnisse zueignet, deren gesetzliche Grundlage zumindest hinterfragt werden kann und die die Pflicht des Wirtschaftsprüfers/vereidigten Buchprüfers zur eigenverantwortlichen Berufsausübung (§ 43 Abs. 1 Satz 1 WPO) immer stärker tangieren.

Zu Art. 1 Nr. 1 a) aa) und Nr. 2 b) aa) (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpDPV-E)

In § 1 Abs. 1 Nr. 1 und § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpDPV-E sollen jeweils die Anzeigenpflichten nach § 10 Abs. 1 WpHG aufgenommen werden. Damit wären auch diese Pflichten Gegenstand der Prüfung.

Diese Erweiterung des Prüfungsansatzes dürfte ebenfalls nicht von der Ermächtigung in § 36 Abs. 5 WpHG umfasst sein. Dieser führt aus, dass die Rechtsverordnung erlassen werden kann, um auf die Einhaltung der Meldepflichten nach § 9 und der in diesem Abschnitt geregelten Pflichten hinzuwirken. Dies deckt sich mit dem in § 36 Abs. 1 Satz 1 WpHG festgelegten Prüfungsgegenstand.

Sofern die Anzeigepflichten nach § 10 WpHG überprüft werden sollen, müssten daher wohl zunächst die gesetzlichen Grundlagen angepasst werden.

Zu Art. 1 Nr. 2 a) (§ 2 Abs. 1 Satz 3 neu WpDPV-E)

In den Fehlerbegriff des § 2 Abs. 1 WpDPV soll ein neuer Satz 3 aufgenommen werden, wonach der Prüfer nicht nur wie bisher an die Auslegung der BaFin gebunden sein soll, die in Richtlinien, Rundschreiben, Bekanntmachungen, schreiben und sonstigen Veröffentlichungen bekannt gemacht wurde, sondern auch an Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, auch sofern diese noch nicht von der BaFin umgesetzt wurden.

Dieser Regelungsvorschlag würde dazu führen, dass bereits die zu prüfenden Wertpapierdienstleistungsunternehmen gezwungen wären, die Veröffentlichungen der Europäischen Wert-

papier- und Marktaufsichtsbehörde systematisch zu beobachten und ggf. umzusetzen, ohne zu wissen, ob die BaFin diese umsetzt. Auch Prüfer wären gezwungen, ggf. etwas als Fehler zu bewerten, von dem die BaFin bei der Umsetzung ggf. im Nachhinein nicht von einem Fehler ausgehen würde. Damit wird eine Rechtsunsicherheit sowohl bei den zu prüfenden Wertpapierdienstleistungsunternehmen als auch bei den Prüfern geschaffen, die vermeidbar ist.

Wir regen an § 2 Abs. 1 Satz 3 neu WpDPV-E zu streichen.

Zu Art. 1 Nr. 2 b) aa) (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 WpDPV-E)

In die Definition eines qualitativen Mangels sollen durch die Aufnahme von § 33 Abs. 1 Nr. 1 WpHG in § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpDPV-E die Compliance-Grundsätze und -Funktion, die die Pflichten nach dem gesamten WpHG sicherstellen sollen, aufgenommen werden. Dieser Ansatz ist nach unserer Einschätzung zu weitgehend. Damit bräuchte es eigentlich die Benennung weiterer Paragraphen nicht mehr. Jegliche Abweichung von § 33 Abs. 1 Nr. 1 WpHG, d. h. einer Abweichung vom WpHG insgesamt, würde damit zu einem Mangel führen. Es dürfte damit keine einzige Prüfung mehr geben, ohne dass ein qualitativer Mangel festgestellt wird. Denn es wird kein Wertpapierdienstleistungsunternehmen geben, bei dem nicht kleinste Abweichungen in Bezug auf das WpHG nebst sämtlichen Verordnungen, Rundschreiben, und Veröffentlichungen der BaFin festgestellt werden können.

§ 33 Abs. 1 Nr. 1 WpHG sollte nicht in § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpDPV-E aufgenommen werden.

Zu Art. 1 Nr. 3 a) (§ 3 Abs. 1 Satz 1 WpDPV-E)

Die Verlängerung der Frist in § 3 Abs. 1 Satz 1 WpDPV-E von vier auf zwei Wochen wird aus praktischer Sicht zu Problemen und zu weiteren zeitlichen Einschränkungen führen. Die Prüfung kann meist erst nach dem 31. März erfolgen, da die Jahresabschlussprüfung und die WpHG-Prüfung in der Praxis parallel durchgeführt werden. Das Zeitfenster vom 31. März bis zum 31. Mai ist sowieso sehr eng für die Prüfungen. Wenn sich die BaFin nunmehr noch vier Wochen Bedenkfrist hinsichtlich des Prüfungsbeginns einräumt, dann kann u. U. die gesetzliche Frist 31. Mai nicht mehr eingehalten werden.

Die Zweiwochenfrist sollte daher beibehalten werden.

Zu Art. 1 Nr. 3 b) (§ 3 Abs. 2 Sätze 4 bis 5 neu WpDPV-E)

Zukünftig soll jede Unterbrechung der Prüfung unter Angabe der Gründe und der Dauer unverzüglich der BaFin mitgeteilt werden. Die soll dann zusätzlich im Prüfungsbericht dokumentiert

werden. Eine Unterbrechung soll jede unplanmäßige Abweichung von der Prüfungsplanung darstellen, welche länger als drei Tage andauert.

Diese Regelung ist aus Praktiker-Sicht unpraktikabel. Sie wird dazu führen, dass die BaFin mit einer Vielzahl von Anzeigen überflutet wird, ohne dass ihr diese Information materiellen Nutzen bringt. Unterbrechungen und auch unplanmäßige Abweichungen von der Prüfungsplanung sind bei Wertpapierdienstleistungsunternehmen üblich und die Prüfungen sind praktisch meist nicht anders durchführbar.

Es sollte daher bei der bisherigen Regelung verbleiben, dass Unterbrechungen im Prüfungsbericht dazulegen sind.

Zu Art. 1 Nr. 4 a) (§ 4 Abs. 3 neu WpDPV-E)

Hier soll zukünftig darauf abgestellt werden, dass der Prüfer innerhalb eines angemessenen Zeitraumes alle Zweigstellen, Zweigniederlassungen und Filialen prüft. Bisher wurde dem Prüfer die Entscheidung „nach pflichtgemäßem Ermessen“ ohne Einschränkung überlassen. Dies wird zwar nach wie vor in Satz 3 dieses Absatzes erwähnt, dann aber durch Satz 5 relativiert bzw. vollumfänglich eingeschränkt.

Künftig soll der Prüfer auch alle ausgelagerten Prozesse und Aktivitäten, die wesentlich sind, in dem Umfang prüfen, wie Zweigniederlassungen, Zweigstellen und Filialen. Auch das ist viel zu weit gehend. Hier sollte das „insbesondere“ (in § 4 Abs. 3 Satz 7 neu WpDPV-E) gestrichen werden und die Prüfung eingeschränkt werden auf vertraglich gebundene Vermittler und ggf. auch ausgelagerte Compliance-Funktion, nicht aber auf andere ausgelagerten Aktivitäten und Prozesse.

Die Verlängerung der Frist in § 4 Abs. 3 Satz 8 neu WpDPV-E von drei auf vier Wochen ist nicht verständlich, ebenso für die ausgelagerten Aktivitäten und Prozesse (§ 4 Abs. 3 Satz 9 neu WpDPV-E).

Zu Art. 1 Nr. 4 b) (§ 4 Abs. 5 WpDPV-E)

§ 4 Abs. 5 Satz 1 WpDPV soll dahingehend geändert werden, dass der Prüfer nicht mehr nur *berechtig* ist, seine Prüfung zu dokumentieren, zukünftig soll er dazu *verpflichtet* sein. § 4 Abs. 5 Satz 2 neu WpDPV-E sieht vor, wie er diese Dokumentation zu gestalten hat.

Wie auch die Begründung zum Verordnungsentwurf richtig ausführt, ist die Pflicht zur Dokumentation von Prüfungen bereits berufsrechtlich geregelt, so dass weder ein Anlass noch ein Bedürfnis für die vorgesehenen Änderungen besteht.

Nach § 51b Abs. 1 WPO ist der Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer verpflichtet, durch die Anlegung von Handakten ein zutreffendes Bild über die entfaltete Tätigkeit geben zu können. Damit ist die vorgesehene Verpflichtung in § 4 Abs. 5 Satz 1 WpDPV-E ein obsoleter Dualismus.

Wir regen an, die Änderung von § 4 Abs. 5 Satz 1 WpDPV-E zu streichen.

Im Übrigen muss auch nicht in § 4 Abs. 5 Satz 2 neu WpDPV-E geregelt werden, was bzw. wie der Prüfer zu dokumentieren hat. Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer, die gesetzlich vorgeschriebene Abschlussprüfungen durchführen (dies erfolgt bei Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten i.d.R. neben der WpHG-Prüfung), sind verpflichtet, regelmäßig Qualitätskontrollen in ihren Praxen durchführen zu lassen (§ 57a Abs. 1 WPO). Dabei wird das interne Qualitätssicherungssystem, zu dessen Einrichtung und Vorhaltung diese Prüfer verpflichtet sind (vgl. § 55b WPO), überprüft. Bei der Qualitätskontrolle wird nicht nur überprüft, ob ein Qualitätssicherungssystem besteht, das den berufsrechtlichen Anforderungen entspricht, sondern auch, ob es bei der Abwicklung von einzelnen Aufträgen funktioniert. Hierzu muss nicht nur das Qualitätssicherungssystem, sondern gerade auch jeder einzelnen Auftrag dokumentiert sein. Wie diese Dokumentation auszusehen hat, beschreibt die „Gemeinsame Stellungnahme der WPK und des IDW: Anforderungen an die Qualitätssicherung in der Wirtschaftsprüferpraxis (VO 1/2006)“, die die einschlägigen berufsrechtlichen Regelungen zusammenfasst.

Insofern ist eine mit § 4 Abs. 5 Satz 2 neu WpDPV-E beabsichtigte Qualitätskontrolle durch die BaFin nicht erforderlich.

Wir regen an, § 4 Abs. 5 Satz 2 neu WpDPV-E zu streichen.

Zu Art. 1 Nr. 5 (§ 5 Abs. 7 WpDPV-E)

Obwohl die Wirtschaftsprüferkammer Verständnis für die zu Grunde liegenden Gedanken der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Bezug auf § 5 Abs. 7 WpDPV-E hat, die teilweise auch in der Begründung des Verordnungsentwurfs genannt werden, müssen wir dennoch grundsätzliche rechtliche Bedenken gegen den Regelungsvorschlag des § 5 Abs. 7 WpDPV-E geltend machen und bitten, diesen zu streichen.

§ 5 Abs. 7 Satz 3 WpDPV-E sieht vor, dass der Prüfer zur Erfüllung der Verpflichtungen aus Satz 1 und 2 bei der Annahme des Prüfungsauftrages vertraglich sicherzustellen hat, dass er von allen Verschwiegenheitspflichten gegenüber der BaFin entbunden ist.

Dieser Regelungsentwurf dürfte nach unserer Auffassung nicht durch die Verordnungskompetenz gedeckt sein.

Nach § 36 Abs. 5 WpHG können das BMF und im Wege der Weiterübertragung dieser Kompetenz die BaFin, durch Rechtsverordnung nähere *Bestimmungen über Art, Umfang und Zeitpunkt der Prüfung nach § 36 Absatz 1 WpHG* erlassen.

§ 5 Abs. 7 Satz 3 WpDPV-E mit seinem Regelungsvorschlag zur Verschwiegenheitspflicht ist keine Regelung, die sich mit der Art, dem Umfang oder dem Zeitpunkt der Prüfung befasst.

Die Verschwiegenheitspflicht des Wirtschaftsprüfers/vereidigten Buchprüfers (WP/vBP) ist gesetzlich in § 43 Abs. 1 WPO geregelt. Durch § 36 Abs. 1 Satz 7 WpHG ist eindeutig und klar gesetzlich geregelt, dass der Prüfer einen Prüfungsbericht zu fertigen und der BaFin zu übersenden hat. Insoweit ist also gesetzlich geregelt, inwieweit die Verschwiegenheitspflicht des Prüfers gegenüber der BaFin gesetzlich eingeschränkt ist.

Wie eingangs erwähnt, kann nachvollzogen werden, dass die BaFin sich weitere Unterlagen vorlegen lassen möchte, um in Einzelfällen die Qualität der Prüfungen besser nachvollziehen zu können. Dann muss diese Durchbrechung der gesetzlich durch § 43 Abs. 1 WPO statuierten Verschwiegenheitspflicht gesetzlich im WpHG geregelt werden (ggf. in § 36 Abs. 1 Sätze 8ff neu WpHG). Oder die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung in § 36 Abs. 5 WpHG muss zukünftig ausdrücklich zulassen, dass die Verschwiegenheitspflicht mittels Rechtsverordnung dahingehend eingeschränkt werden kann, dass Näheres zu den an die BaFin zu übersenden Unterlagen verordnet werden kann.

Die obigen grundsätzlichen Ausführungen zur Verschwiegenheit gelten auch in Bezug auf die Regelungsentwürfe der § 5 Abs. 7 Sätze 1 und 2 WpDPV-E, bei denen es um die Herausgabe von Unterlagen an die BaFin geht. Lediglich ergänzend dürfen wir hierzu folgende Hinweise geben.

Obwohl bereits nach dem bisherigen § 5 Abs. 7 Satz 1 WpDPV der Prüfungsbericht auf Verlangen der BaFin erläutert werden muss, ist auch hier bereits fraglich, ob dies von der Verordnungskompetenz gedeckt ist, da dies nicht eine Bestimmung über Art, Umfang und Zeitpunkt der Prüfung nach § 36 Absatz 1 WpHG darstellt. Dies gilt umso mehr, als nunmehr mit § 5 Abs. 7 Satz 1 WpDPV-E eine Erweiterung im Hinblick darauf vorgenommen werden soll, dass der Prüfer der BaFin Einblick in „die der Prüfung zugrundeliegenden Unterlagen“ geben und diese der BaFin auf Nachfrage übersenden soll. Hier müsste - sofern künftig eine entsprechende Regelung in § 36 Abs. 1 WpHG aufgenommen werden sollte - klargestellt werden, dass sich dies nur auf Unterlagen des Mandanten, nicht hingegen auf die eigenen Unterlagen des Prüfers (Arbeitspapiere) beziehen kann.

In Bezug auf den Regelungsvorschlag des § 5 Abs. 7 Satz 2 WpDPV-E zur Weitergabe der Prüfungsberichtsentwürfe dürfen wir anmerken, dass ihm die notwendige Bestimmtheit fehlt. Möglicherweise gibt es Prüfer, die nie einen Berichtsentswurf fertigen, sondern sofort den endgültigen Bericht. Bei anderen Prüfern mag es, aus welchen Gründen der konkreten Prüfung auch immer, zahlreiche Zwischenentwürfe, ggf. sogar an einem Tag mehrere, geben. Sollen alle diese Entwürfe übersandt werden? Für den Fall, dass eine entsprechende Regelung in § 36 Abs. 1 WpHG aufgenommen werden sollte, sollte zwischen dem Bedürfnis der BaFin nach Informationserlangung und dem Bedürfnis des Prüfers, nicht jede Version eines Zwischenentwurfs übermitteln zu müssen, vermittelt werden: Sofern eine Schlussbesprechung angesetzt ist und sich die BaFin hierzu anmeldet, darf der Prüfer der BaFin zur Vorbereitung der Schlussbesprechung den Prüfungsbericht als Entwurf übermitteln (damit klare gesetzliche Regelung zur Verschwiegenheitspflicht).

Wir regen an, den Regelungsvorschlag des § 5 Abs. 7 WpDPV-E zu streichen.

Zu Art. 1 Nr. 6 a) (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 WpDPV-E)

Die Ausweitung in § 6 Abs. 1 Nr. 3 WpDPV-E auf § 31 Abs. 3a und 4 WpHG ist unnötig und bereits durch den Verweis auf § 31 WpHG gedeckt.

Wir regen an, den Regelungsvorschlag zu § 6 Abs. 1 Nr. 3 WpDPV-E zu streichen.

Wir hoffen, dass unsere Anregungen im Verlauf des weiteren Verfahrens Berücksichtigung finden.
