

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagenvermittler auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Die WPK hat mit Schreiben vom 7. Januar 2020 gegenüber dem Bundesministerium der Finanzen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagenvermittler auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht wie nachfolgend wiedergegeben Stellung genommen.

Die Wirtschaftsprüferkammer ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, deren Mitglieder alle Wirtschaftsprüfer, vereidigten Buchprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Buchprüfungsgesellschaften in Deutschland sind. Die Wirtschaftsprüferkammer hat ihren Sitz in Berlin und ist für ihre über 21.000 Mitglieder bundesweit zuständig. Ihre gesetzlich definierten Aufgaben sind unter www.wpk.de ausführlich beschrieben. Die Wirtschaftsprüferkammer ist im Transparenzregister der Europäischen Kommission unter der Nummer 025461722574-14 eingetragen.

CDU/CSU und SPD haben im Koalitionsvertrag 2018 vereinbart (dort Zeilen 6348-6352):

„Wir werden zur Herstellung einer einheitlichen und qualitativ hochwertigen Finanzaufsicht die Aufsicht über die freien Finanzanlagevermittler schrittweise auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht übertragen. Dabei wollen wir sicherstellen, dass die dadurch bei den Ländern freiwerdenden Aufsichtskapazitäten zur Stärkung der Geldwäscheaufsicht im Nichtfinanzbereich verwendet werden.“

In Umsetzung dieses Ziels soll der vorliegende Referentenentwurf die Vorgaben der Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV) in einen neuen Abschnitt des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) überführen und die Verordnung nebst der sie bedingenden Verordnungsermächtigung in der Gewerbeordnung aufheben.

1. Grundsätzliche Beibehaltung des bestehenden Prüfungssystems geboten

a) Prüfung von Finanzanlagendienstleistern durch WP/vBP

Kernelement einer wirksamen Aufsicht ist die regelmäßige (Über-) Prüfung der zu Beaufsichtigenden. Hierzu sieht § 24 FinVermV eine jährliche Prüfung der Einhaltung der gesetzlich geforderten Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten sowie der sonstigen Pflichten von Finanzanlagenvermittlern (§ 34f GewO) und von Honorar-Finanzanlageberatern (§ 34h GewO) vor. Diese wird aktuell durch Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer (WP/vBP) – vorrangig durch solche aus kleinen und mittleren Praxen – und andere Prüfer vorgenommen.

Im Rahmen der geplanten Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagenvermittler auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) soll durch die Bündelung der Aufsicht deren Qualität und Effektivität gesteigert werden und vor allem eine Angleichung an die Aufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen mit vergleichbarer Tätigkeit erfolgen (vgl. Seite 40 des Referentenentwurfs). In diesem Zuge ist vorgesehen, die Prüfung durch WP/vBP durch eine eigene, nicht mehr an einen Turnus gebundene Prüfung der BaFin zu ersetzen, wobei die BaFin zur Standardisierung des Prüfungsverfahrens Richtlinien soll aufstellen können.

Gleichzeitig wird mit § 96v WpHG-E verlangt, dass der Finanzanlagendienstleister gegenüber der BaFin im ersten Quartal eines jeden Kalenderjahres über das Vorjahr eine Selbsterklärung abzugeben hat.

Es liegt nahe, dass diese Selbsterklärung der BaFin als Grundlage für ihre Ermessensentscheidung zur Anordnung einer Prüfung sowie für ihre Risikobewertung dienen soll.

Zwar mag eine Bündelung der Aufsicht über Finanzanlagendienstleister bei der Bundesanstalt vor dem Hintergrund der Stärkung des Verbraucherschutzes zielführend sein. Allerdings ist uns unter Qualitätsgesichtspunkten nicht nachvollziehbar, warum die Prüfung von Prüferberufen, die sich in der Vergangenheit bewährt haben, auf eine Behörde übertragen werden soll, die ihrerseits bislang weder über die personellen Kapazitäten noch über die langjährige praktische Erfahrung der Prüfer nach § 24 FinVermV im Umgang mit der Prüfung von Finanzanlagenvermittlern verfügt.

Sollte eine uneinheitliche Prüfung der Finanzanlagenvermittler in der Vergangenheit Grund für den Prüferwechsel sein, hätte sich aus unserer Sicht zunächst angeboten, die Qualität der Prüfer einem einheitlichen Qualitätsmaßstab anzugleichen, indem man ein konkreteres Prüfungsraster vorgibt oder die Prüfung dem Berufsstand der WP/vBP vorbehält. **Wir plädieren für die weitere Prüfung durch WP/vBP.**

b) Geringere Prüfungsdichte widerspricht Verbraucherschutz

Zu einer Qualitätseinbuße und damit zu einer Beeinträchtigung des Verbraucherschutzes dürfte auch der Wegfall der jährlichen Prüfungspflicht führen. Insbesondere ist nicht anzunehmen, dass die jährliche Abgabe der in § 96v WpHG-E vorgesehenen Selbsterklärung geeignet ist, eine der Prüfung vergleichbare Gewissheit über die Einhaltung der gesetzlich geforderten Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten sowie der sonstigen Pflichten zu schaffen.

Der mit dieser Art der Deregulierung verbundene Eingriff in die Belange des Verbraucherschutzes ist daher abzulehnen.

Im Sinne eines zielführenden und effizienten Verbraucherschutzes sollte sich der Gesetzgeber der bestehenden und bisher bewährten Strukturen bedienen und nur dort punktuell eingreifen, wo dies nachvollziehbar der Qualitätsverbesserung dient und den Verbraucherschutz stärkt.

Eine turnusmäßige und qualifizierte Prüfung durch WP/vBP wirkt präventiv auf den Verbraucherschutz hin, da Finanzanlagendienstleister aufgrund der regelmäßigen Kontrollen gezwungen sind, stärkeres Gewicht auf die Einhaltung ihrer Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten zu legen. Dies kann unseres Erachtens nicht mit einer bloßen Selbsterklärung erreicht werden. Ergänzend könnten eine anlassbezogene Sonderprüfung durch die BaFin sowie die aktive Begleitung der von WP/vBP durchzuführenden Prüfung durch die BaFin erwogen werden.

Wir empfehlen dringend, § 96u WpHG-E in Anlehnung an die §§ 24 FinVermV und 89 WpHG zu fassen. Bei beiden Prüfungen hat sich das Zusammenspiel zwischen WP/vBP und der zuständigen Aufsichtsbehörde in der Vergangenheit bewährt.

Nur wenn ein zielorientierter Austausch zwischen WP/vBP, dem zu prüfenden Finanzanlagendienstleister und der zuständigen Aufsichtsbehörde stattfindet, kann § 96u WpHG-E effektiv dem Bedürfnis einer verbraucherschützenden Norm gerecht werden.

c) Regelungsvorschlag

Vor diesem Hintergrund sollte § 96u WpHG-E wie folgt gefasst werden:

„§ 96u Prüfungspflichten

- (1) *Unbeschadet des § 96v hat der Finanzanlagendienstleister auf seine Kosten die Einhaltung der sich aus den §§ 96g bis 96t ergebenden Verpflichtungen für jedes Kalenderjahr durch einen geeigneten Prüfer prüfen zu lassen. Der Finanzanlagendienstleis-*

ter hat den Prüfer jeweils spätestens zum Ablauf des Kalenderjahres zu bestellen, auf das sich die Prüfung erstreckt.

- (2) Geeignete Prüfer sind Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer sowie Wirtschaftsprüfungs- und Buchprüfungsgesellschaften.*
- (3) Der Prüfer hat über die Prüfung nach Absatz 1 einen Prüfungsbericht zu erstellen und auf Anforderung der Bundesanstalt einzureichen. Der Prüfungsbericht hat einen Vermerk darüber zu enthalten, ob und gegebenenfalls welche Verstöße des Finanzanlagendienstleisters festgestellt worden sind. Die wesentlichen Prüfungsergebnisse sind in einem Fragebogen zusammenzufassen, der dem Prüfungsbericht beizufügen ist. Der Fragebogen ist auch dann bei der Bundesanstalt einzureichen, wenn ein Prüfungsbericht nach Satz 1 nicht angefordert wird. Der Prüfer hat den Fragebogen unverzüglich nach Beendigung der Prüfung einzureichen.*
- (4) Der Finanzanlagendienstleister hat vor Erteilung des Prüfungsauftrags der Bundesanstalt den Prüfer anzuzeigen. Die Bundesanstalt kann innerhalb eines Monats nach Zugang der Anzeige die Bestellung eines anderen Prüfers verlangen, wenn dies zur Erreichung des Prüfungszweckes geboten ist; Widerspruch und Anfechtungsklage hiergegen haben keine aufschiebende Wirkung.*
- (5) Die Bundesanstalt kann gegenüber dem Finanzanlagendienstleister Bestimmungen über den Inhalt der Prüfung treffen, die vom Prüfer zu berücksichtigen sind. Sie kann insbesondere Schwerpunkte für die Prüfungen festlegen. Bei schwerwiegenden Verstößen gegen die Pflichten, deren Einhaltung nach Absatz 1 zu prüfen ist, hat der Prüfer die Bundesanstalt unverzüglich zu unterrichten. Die Bundesanstalt kann an den Prüfungen teilnehmen. Hierfür ist der Bundesanstalt der Beginn der Prüfung rechtzeitig mitzuteilen.*
- (6) Die Bundesanstalt kann die Prüfung nach Absatz 1 auch ohne besonderen Anlass anstelle des Prüfers selbst oder durch Beauftragte durchführen. Der Finanzdienstleister ist hierüber rechtzeitig zu informieren.“*

Die Gesetzesbegründung könnte hierzu ausführen:

„Zur Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen Prüfung ist diese durch sachkundige Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer vorzunehmen. Prüfungsschwerpunkte können durch die Bundesanstalt vorgegeben werden, Mitarbeiter der Bundesanstalt können an der Prüfung teilnehmen. Die ausschließliche Durchführung der Prüfung durch Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer und die sich anschließende Durchsicht der erhal-

tenen Fragebogen und Prüfungsberichte durch die Bundesanstalt sichert die hohe Qualität der Aufsicht analog § 24 Finanzanlagenvermittlungsverordnung und den anderen Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes.“

d) Kein Widerspruch zum Koalitionsvertrag

Der o. g. Regelungsvorschlag steht auch nicht im Widerspruch zum Koalitionsvertrag. Danach soll zwar die Aufsicht über die freien Finanzanlagenvermittler schrittweise auf die BaFin übertragen werden, allerdings schließt dies nicht zwingend auch deren Prüfung ein. Auch bislang liegt die Aufsicht bei den Gewerbeämtern und den Industrie- und Handelskammern, während die Prüfung nicht durch diese selbst vorgenommen wird.

Eine einheitliche Aufsicht wird bereits dadurch geschaffen, dass nur noch eine Aufsichtsbehörde zuständig ist und diese inhaltliche Schwerpunkte der jeweiligen Prüfung festlegen kann.

Gerade der Folgesatz im Koalitionsvertrag (*„Dabei wollen wir sicherstellen, dass die dadurch bei den Ländern freiwerdenden Aufsichtskapazitäten zur Stärkung der Geldwäscheaufsicht im Nichtfinanzbereich verwendet werden.“*) macht deutlich, dass die Koalitionspartner die Prüfung der Finanzanlagendienstleister bei Vereinbarung des Vertrags offenbar gar nicht im Blick hatten.

Im Abschnitt „Finanzmarkt und Digitalisierung“ sprechen sich die Koalitionsparteien „für eine zielgenaue, wirksame und angemessene Finanzmarktregulierung“ aus (Zeilen 3165 f. des Koalitionsvertrags). Ein Baustein für die wirksame Regulierung ist aus unserer Sicht der weitere Einsatz von WP/vBP bei der Prüfung von Finanzanlagendienstleistern.

2. Hilfsweise: Einbeziehung von WP/vBP in eine Prüfung der BaFin

Sollte eine Beibehaltung der bewährten Prüfung durch WP/vBP unter keinen erdenklichen Umständen konsensfähig sein, regen wir äußerst hilfsweise dringend an, die mögliche Hinzuziehung von WP/vBP zur Unterstützung der Prüfungstätigkeit der BaFin unmittelbar in § 96u WpHG-E zu regeln.

Dies würde für die BaFin und vor allem für die aktuellen und potentiellen Kunden der knapp 38.000 Finanzanlagenvermittler ein starkes Signal für die Beibehaltung der bewährten Prüfungsqualität setzen. Außerdem wäre eine solche Regelung geeignet, eine eventuelle Scheu der BaFin zu mindern, zulasten der Prüfungskosten der zu prüfenden Finanzanlagendienstleister auf externe Unterstützung zurückzugreifen; im Gegensatz zur Begründung des § 96u Abs. 1 WpHG-E im Referentenentwurf hob das Eckpunktepapier nämlich noch sehr klar hervor, dass die Prüfung „ohne Rückgriff auf Wirtschaftsprüfer“ erfolgen solle.

Im Interesse des Verbraucherschutzes muss unbedingt verhindert werden, dass im Zuge des Zuständigkeitswechsels die derzeit hohe Prüfungsqualität beeinträchtigt wird. Aus unserer Sicht ist

- sicherzustellen, dass es gerade in komplex gelagerten Sachverhalten nicht genügen kann, dass Prüfungen lediglich anhand der Aktenlage vorgenommen werden, während sich die Akten im Wesentlichen aus von den zu prüfenden Personen selbst hochgeladenen, digitalisierten Dokumenten zusammensetzen, und
- sicherzustellen, dass bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der hochgeladenen Unterlagen eine Vor-Ort-Prüfung z. B. durch WP/vBP durchgeführt wird.

Wenngleich Vor-Ort-Prüfungen regelmäßig mit einem höheren Kostenaufwand verbunden sind als die bloße Prüfung der vorliegenden digitalen Dokumente, so bieten Vor-Ort-Prüfungen, wie sie auch bislang durchgeführt werden, nach unseren Erfahrungen deutlich höhere Gewähr dafür, eventuelle Pflichtenverstöße aufzudecken und damit sicherzustellen, dass Finanzanlagenvermittler ihren Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten nachkommen. Es muss daher unbedingt vermieden werden, dass die BaFin unter Berücksichtigung eines der Ziele des Gesetzgebers, nämlich der Kostenminimierung, vor der Durchführung gebotener Vor-Ort-Kontrollen zurückschreckt.

Vor diesem Hintergrund sollte, § 96u WpHG-E um folgenden Absatz 3 ergänzt werden:

„(3) Die Bundesanstalt kann einen Wirtschaftsprüfer, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, einen vereidigten Buchprüfer oder eine Buchprüfungsgesellschaft mit der Prüfung beauftragen.“

Die Gesetzesbegründung könnte hierzu ausführen:

„Zur Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen Prüfung kann die Bundesanstalt unterstützend einen Wirtschaftsprüfer, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, einen vereidigten Buchprüfer oder eine Buchprüfungsgesellschaft mit einzelnen Bereichen der Prüfung beauftragen. Dies ist insbesondere angezeigt, wenn die Komplexität des Sachverhalts eine Einbeziehung Dritter sinnvoll macht, wenn Zweifel an der Richtigkeit der hochgeladenen Unterlagen eine Vor-Ort-Prüfung erforderlich machen oder wenn eine angemessene Prüfungsqualität aufgrund personeller Auslastung nicht gewährleistet werden kann. Die Komplexität der Prüfung von Vertriebsgesellschaften begründet grundsätzlich die Annahme eines besonderen Falls.“

3. Keine Meldepflicht für Abschlussprüfer

Mit § 16I Abs. 3 FinDAG-E soll eine Pflicht des Abschlussprüfers eingeführt werden, die Prüfungspflichtigkeit seiner Mandanten an die BaFin zu melden. Ausweislich der Ausführungen in der Gesetzesbegründung dient dies der Identifikation der zweiten Gruppe des § 16I Abs. 2 Satz 1 FinDAG-E und damit als Grundlage für die Kostenermittlung und Berechnung der Umlage für Finanzanlagendienstleister.

Wenngleich ein Interesse der BaFin an der Kenntnis der prüfungspflichtigen Unternehmen nachvollziehbar ist, ist die vorliegende Regelung unseres Erachtens nicht nur ungeeignet, um der BaFin die gewünschten Informationen zuverlässig und abschließend zu beschaffen, sondern zudem systemwidrig.

a) Ungeeignetheit der Regelung

Die Regelung ist unseres Erachtens nicht geeignet, der BaFin eine vollständige Übersicht über die Unternehmen der zweiten Gruppe zu verschaffen. Das liegt daran, dass die Meldepflicht an bereits als Abschlussprüfer bestellte WP/vBP adressiert wird. Kommt ein Unternehmen – was nach unserer Erfahrung nicht selten ist – mit der Bestellung seines Abschlussprüfers in Verzug oder verzichtet es pflichtwidrig auf die Bestellung eines Abschlussprüfers, bleibt nach dem Regelungsentwurf zwangsläufig auch die Meldung nach § 16I Abs. 3 FinDAG-E aus.

b) Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht

Durch Einführung der Meldepflicht würde das verfassungsrechtlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und WP/vBP verletzt und die vor allem in § 323 Abs. 1 Satz 1 HGB, § 43 Abs. 1 Satz 1 WPO, §§ 203, 204 StGB normierte gesetzliche Verschwiegenheit beeinträchtigt.

Wenngleich es banal erscheinen mag, diesen Aspekt im konkreten Fall in Bezug auf eine Tatsache zu rügen, die sich in der Regel spätestens ein Jahr nach Ende des zu prüfenden Geschäftsjahrs auch dem Bundesanzeiger entnehmen lässt (vgl. § 325 Abs. 1, 1a HGB), so handelt es sich hierbei doch um einen weiteren Baustein, der zur „Durchlöcherung“ der Verschwiegenheit beiträgt. In seiner Gesamtheit führt dies dazu, dass von dem verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensverhältnis nichts mehr übrig bleibt. Bestehen zahlreiche Durchbrechungen der Verschwiegenheitspflicht oder gar Meldepflichten des Berufsgeheimnisträgers und weiß der Mandant von diesen, offenbart er sich seinem Berater nicht mehr, mit der Folge, dass er sich nicht mehr in einem geschützten und insofern „staatsfreien“ Raum sachgerecht beraten lassen kann (vgl. BVerfG 12. April 2005, 2 BvR 1027/02, Rn. 94). Dies berührt die Grundfesten der verfassungsrechtlich garantierten Rechtsstaatlichkeit.

Vornehmliche Aufgabe von WP/vBP ist es, betriebswirtschaftliche Prüfungen durchzuführen, also Rechnungslegungswerke daraufhin zu überprüfen, ob sie nach den Regeln der Rechnungslegung erstellt wurden. Damit wird eine wichtige Sicherungsfunktion für die Wirtschaft wahrgenommen und Vertrauen am Kapitalmarkt, bei Anteilseignern, Gläubigern und der sonstigen interessierten Öffentlichkeit geschaffen. Durch das geschützte Vertrauensverhältnis kann der Mandant mit seinem WP/vBP alle Zweifelsfälle besprechen und so auf eine nicht zu beanstandende Rechnungslegung des Mandanten hinwirken. Nimmt der Mandant die Hinweise des WP/vBP nicht wahr, wird das Testat für alle Stakeholder sichtbar eingeschränkt oder versagt. Sieht er hingegen das Vertrauensverhältnis durch zahlreiche Meldepflichten des Abschlussprüfers als zu stark beeinträchtigt, wird er sich diesem nicht mehr vollumfänglich offenbaren und dem WP/vBP die Wahrnehmung seiner Sicherungsfunktion deutlich erschweren.

Die Einführung dieser Meldepflicht ist aus Sicht des Berufsstands der WP/vBP daher nicht hinnehmbar.

c) Systembruch

Soll der Abschlussprüfer die Prüfungspflicht eines Unternehmens melden, stellt dies im Übrigen auch einen Systembruch dar. Die Frage der Prüfungspflicht liegt nämlich nicht beim Abschlussprüfer, sondern beim Unternehmen selbst. Auch die vorgesehene Meldepflicht knüpft daran an, dass das Unternehmen Kenntnis von seiner Prüfungspflicht hat. Eine Kapitalgesellschaft wird keinen WP/vBP zur Durchführung einer Abschlussprüfung nach § 316 ff. HGB bestellen, wenn sie keiner entsprechenden Prüfungspflicht unterliegt; hier käme dann lediglich die Durchführung einer freiwilligen Abschlussprüfung in Betracht.

d) Alternativregelung

Sachlich und dogmatisch zutreffend wäre, eine solche Meldepflicht dem Finanzanlagendienstleister selbst aufzuerlegen. Dieser verfügt noch vor Bestellung eines Abschlussprüfers über die für eine entsprechende Meldung notwendigen Informationen, sodass sich bei Bedarf auch eine Verkürzung der Meldefrist prüfen ließe. Zur Durchsetzung der Meldepflicht könnte diese durch ein Bußgeld bewehrt werden. Eine Kontrolle ließe sich über die oben angesprochene Offenlegung des Jahresabschlusses nebst Bestätigungsvermerk im Bundesanzeiger gewährleisten. Möchte der Verpflichtete die Meldung nicht selbst abgeben, bliebe es ihm unbenommen, seinen Steuerberater, WP oder vBP mit der Meldung zu betrauen – dann mit entsprechender Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht.

Zum Schutz der beruflichen Verschwiegenheit, aber auch zur Schaffung einer Regelung, die mit Blick auf den Normzweck deutlich effektiver ist, regen wir dringend an, von einer

Meldepflicht des Abschlussprüfers abzusehen und die vorgeschlagene Alternativregelung zu nutzen.

Wir bitten eindringlich darum, unsere Anregungen im Rahmen der weiteren Diskussionen zu diesem Gesetzentwurf zu berücksichtigen. Inhaltlich haben wir unsere Ausführungen auf Fragestellungen beschränkt, die die berufliche Stellung und Funktion unserer Mitglieder betreffen.

Für weitergehende Hilfestellungen steht Ihnen die Wirtschaftsprüferkammer gern zur Verfügung.
