

Bürgerbewegung Finanzwende e.V. . Motzstr. 32. 10777 Berlin

## **Stellungnahme Bürgerbewegung Finanzwende e.V. zum Referentenentwurf des BMF und BMJV zu einem „Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG)“**

Berlin, den 8.11.2020

Der Referentenentwurf adressiert Defizite in Regulierung und Aufsicht, die großenteils seit langem bekannt sind, aber im Wirecard-Skandal erneut zutage traten. Allerdings kann er bei weitem nicht als ausreichend angesehen werden. Erstens wird im vorliegenden Entwurf nur auf heute bekannte Defizite eingegangen. Weitere Defizite werden sicherlich durch die Ergebnisse des Untersuchungsausschusses aufgedeckt, die zusätzliche Maßnahmen des Gesetzgebers erforderlich machen dürften. Zweitens enthält der Gesetzentwurf nur erste, aufgrund ihrer Art unmittelbar, noch in dieser Legislaturperiode umsetzbare Schritte. Manche Probleme erfordern aber eine längerfristige Reformstrategie oder erfordern auch eine Änderung europäischen Rechts. Drittens ist eine Reform der Arbeit der Aufsichtsbehörden geplant, die natürlich dringend erforderlich ist, weil sonst Änderungen in der Regulierung erneut mangels entsprechender behördlicher Umsetzung in der Praxis wirkungslos bleiben.

Wir unterstützen jedoch den Plan, noch innerhalb dieser Legislaturperiode durch die Verabschiedung eines Integritätsgesetzes erste gesetzgeberische Schritte in Gang zu bringen und das Gesetzgebungsverfahren dazu vor den Bundestagswahlen 2021 abzuschließen. Unsere nachstehenden Kommentare zum Gesetzentwurf beschränken sich deshalb auf die dort angesprochenen Themen und bewegen sich innerhalb des vom Gesetzentwurf vorgegebenen Rahmens, obwohl auch in dieser Legislaturperiode noch weitere Schritte möglich und erforderlich sind. Unsere weitergehenden Forderungen, etwa zum Anlegerschutz im grauen Kapitalmarkt, zu einer wirksamen Bekämpfung der Geldwäsche, zur Reform der Aufsichtsbehörden und zur Verhinderung von Interessenkollisionen der Jahresabschlussprüfer bringen wir jedoch an anderer Stelle ein.

### **Zu Artikel 1 (Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes)**

In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird eingeräumt, dass das bisherige Bilanzkontrollverfahren im Falle Wirecard „an seine Grenzen gestoßen“ sei. Für solche Fälle hätte sich eine Kontrolle auf rein privatrechtlicher Ebene auf der ersten Stufe als ungeeignet erwiesen. Es wird vorgeschlagen, das zweistufige, auf Mitwirkung der geprüften Unternehmen ausgerichtete Bilanzkontrollverfahren grundlegend „zugunsten eines stärker staatlich-hoheitlich geprägten Verfahrens“ umzubauen. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) soll - neben dem Bilanzkontrollverfahren durch eine private unmittelbar mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattete Prüfungsstelle für Rechnungslegung - gegenüber Kapitalmarktunternehmen insbesondere bei dem Verdacht des Bilanzbetrugs sofort und unmittelbar hoheitlich durch eigene Ermittlungskompetenzen auftreten können.

**Bürgerbewegung  
Finanzwende e. V.**  
Geschäftsstelle  
Motzstr. 32  
10777 Berlin

T. +49 30 208 3708-0  
F. +49 30 208 3708-29  
info@finanzwende.de  
www.finanzwende.de

**Spendenkonto**  
GLS Bank IBAN:  
DE03430609671226545200  
BIC: GENODEM1GLS

**Vorstand**  
Dr. Gerhard Schick  
Gläubiger ID:  
DE59ZZZ00002143189

**Amtsgericht**  
Berlin/Charlottenburg  
VR 36803 B

Zu einem **Bilanzkontrollverfahren aus einer Hand**, das zuständigkeitshalber komplett bei der BaFin oder einer anderen staatlichen Stelle, auch was die Bilanzprüfung durch eigene Mitarbeiter anbelangt, angesiedelt sein müsste, soll es jedoch nunmehr doch nicht kommen, obwohl Äußerungen des BMF im Zusammenhang mit der Aufarbeitung des Wirecard-Skandals dies bisher nahelegten (<https://www.der-betrieb.de/meldungen/wirecard-bilanzkontrollverfahren-auf-dem-pruefstand/>).

An der defizitären und im Ergebnis irreparablen Grundstruktur des bisherigen Systems der Bilanzkontrolle würde sich durch die Umsetzung eines Gesetzes mit dem Inhalt des Referentenentwurfs in einem entscheidenden Punkt nichts ändern. Eine solche qualitative Reform der Bilanzprüfung ist jedoch erforderlich, um den im Falle Wirecard offenkundig gewordenen Kompetenzwirrwarr, das Zuschieben von Versäumnissen zwischen BaFin und der Deutschen Prüfungsstelle für Rechnungslegung e.V. und Interessenkollisionen bei ihren Mitarbeitern und insbesondere des Vorstands der Deutschen Prüfungsstelle für Rechnungslegung e.V. zukünftig auszuschließen. Voraussetzung dafür ist, dass die Bilanzkontrolle und nicht nur das sie begleitende Enforcement durch Mitarbeiter einer öffentlichen Institution erfolgt. Sie darf nicht mehr in den Händen eines privaten Vereins liegen, in dem die großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften großen Einfluss haben und bei dem in keiner Weise sichergestellt ist, dass seine Arbeit an den Interessen der Öffentlichkeit an verlässlicher und korrekter Bilanzprüfung ausgerichtet ist.

Das Wirrwarr und eine Bilanzkontrolle ohne Tiefenschärfe würde sich fortsetzen, wenn sich die BaFin im laufenden Verfahren auf die qualitativ verstärkten Enforcementmaßnahmen nach § 107 WpHG (E) aufgrund mangelnder Qualifikationen der Mitarbeiter faktisch beschränken müsste, die eigentliche Bilanzprüfung aber im Ergebnis in den Händen privater Akteure verbliebe.

Der Referentenentwurf sieht zwar in § 107 Abs. 1 Sätze 5 und 6 WpHG (E) vor, dass auch die BaFin die Kompetenz hat, Berichte und Abschlüsse zu prüfen, was im Ergebnis die Kernkompetenz der Bilanzprüfung einschließen dürfte. Ist eine Prüfungsstelle anerkannt, soll diese – anders als nach bisheriger Rechtslage – künftig nur für Stichprobenprüfungen zuständig sein. Prüfungen aus Anlass konkreter Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften (Anlassprüfungen) soll künftig allein die BaFin einleiten, von einer Durchführung solcher Prüfungen durch die BaFin ist jedoch nicht die Rede.

Es besteht das Problem, dass die BaFin bisher für diese Prüferaufgabe kein qualifiziertes Personal besitzt und dieser Zustand auch nicht ausweislich der Angaben im Entwurf zum Erfüllungsaufwand geändert werden soll. Also wird es dabei bleiben, dass das Kerngeschäft der Bilanzprüfung zwar nicht mehr im bisherigen Umfang bei der neu strukturierten Prüfungsstelle für Rechnungslegung (§ 107a WpHG (E)) verbleiben wird, aber die BaFin sich für die Bilanzprüfung mangels eigenes für Bilanzprüfungen qualifizierten Personals, wie bei Sonderprüfungen in der Solvenzaufsicht üblich, privater Wirtschafts- und Bilanzprüfer bedienen müsste, was ihr nach § 107 Abs. 1 WpHG (E) ausdrücklich gestattet ist.

Die Hauptlast bei der Prüfung der Abschlüsse und Berichte und der Buchführung soll mithin nach wie vor, nach Ausschreibung, bei einer privaten Prüfungsstelle für Rechnungslegung und zukünftig bei privaten Wirtschaftsprüfern, denen sich die BaFin bedient, liegen. Die Köche der Bilanzkontrolle bleiben – neben der Prüfungsstelle –

private Wirtschaftsprüfer und die BaFin würde sich trotz erweiterter Enforcement-Kompetenzen im gesamten Verfahren auf der des Kellners bzw. Enforcers beschränken müssen. Damit drängt sich auch die Frage auf, wie selbst dieses verstärkte Enforcement von der BaFin adäquat und zielgenau eingesetzt werden kann, wenn die BaFin-Mitarbeiter kein Know-How zum Kerngeschäft der Bilanzkontrolle besitzen oder gar nicht aufbauen sollen und damit die von ihr beauftragten privaten Wirtschaftsprüfer bei der Bilanzprüfung gar nicht angemessen überwachen und deren Ergebnisse bewerten kann.

Die alte, defizitäre Arbeitsteilung würde also trotz des an der Oberfläche veränderten Verfahrens fortbestehen. Die vom Gesetzesentwurf angestrebte „Kontrolle über das Prüfungsgeschehen“ würde die BaFin jedenfalls nur dann erringen, wenn deren Mitarbeiter auch selbst prüfen und das Kerngeschäft anstelle privater Wirtschaftsprüfer selbst erledigen.

**Finanzwende schlägt deshalb vor, das Bilanzkontrollverfahren und das begleitende Enforcement vollumfänglich bei einer staatlichen Stelle, etwa bei der BaFin, anzusiedeln und diese Stelle mit den hierfür notwendigen personellen und sächlichen Mitteln auszustatten. Erforderlich ist hier neben dem erhöhten Erfüllungsaufwand für ein schlagkräftigeres Enforcement primär ein für das Kerngeschäft der Bilanzprüfung angemessener Personalbestand, der bisher bei der BaFin oder einer anderen staatlichen Stelle nicht vorhanden ist. Die Bilanzprüfung setzt Wirtschaftsprüfer-Know-How und mit forensischen Qualifikationen ausgestattetes Personal voraus. Mitarbeiter mit diesen Qualifikationen sind am Markt nur zu gewinnen, wenn über § 43 Abs. 11 Bundesbesoldungsgesetz iVm § 10b FinDAG hinaus dauerhaft Bezüge bezahlt werden, die für einzelne Mitarbeiter Gehältern von Wirtschafts- und Buchprüfern entsprechen. Diese sind von den beaufsichtigten Instituten und Unternehmen nach § 16 ff. FinDAG zu finanzieren.**

Eine Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes in Reaktion auf den ENRON- und Worldcom-Skandals sowie des Zusammenbruchs von Flowtex sollte in Deutschland im Jahre 2005 mit der Etablierung eines Modells erreicht werden, das von dem Modell anderer EU-Mitgliedsstaaten (Österreich ausgenommen) signifikant abwich. In den übrigen EU-Staaten wurden staatliche Stellen geschaffen, die für die Bilanzkontrolle vollumfänglich zuständig sind. Das deutsche Modell ist in EU-Europa hingegen Substandard, was zunächst auf Seiten der ESMA (European Securities and Markets Authority) auf Widerstand gestoßen ist. Diese Bedenken werden nunmehr durch die im Wirecard-Verfahren zutage getretenen Defizite bestätigt und rufen die ESMA aus gutem Grunde wieder auf den Plan. Sie kritisiert in einem Bericht vom 03.11.2020 deutlich das bisherige deutsche System der Bilanzkontrolle ([www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-identifies-deficiencies-in-german-supervision-wirecard's-financial](http://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-identifies-deficiencies-in-german-supervision-wirecard's-financial); Handelsblatt vom 03.11.2020).

Im Jahr 2005 wurde in Deutschland und Österreich vorwiegend aus Kostengründen zur Vermeidung höherer Umlagen und der Sicherung von Pfründen der Wirtschaftsprüfer ein von den Interessengruppen der Wirtschaftsprüfer und der Kreditwirtschaft nachdrücklich unterstütztes Organisationssystem in der Marktaufsicht fortgeschrieben, das europaweit bereits in anderen Aufsichtsbereichen immer ein Unikum gewesen ist. Ein für die Aufsicht so wichtiges Erkenntnisinstrument wie die Sonderprüfung mit und ohne Anlass wurde mit Gründung des früheren BAKreds nicht zuletzt auf Druck der Kreditwirtschaft nicht mit

eigenem qualifizierten Personal der Aufsichtsbehörden ausgestattet. Vielmehr wurden Prüfungsaufträge an Wirtschaftsprüfer vergeben, die ohnehin bei den beaufsichtigten Instituten und Unternehmen mit Jahresabschlussprüfungen – durch die Institute als Auftraggeber – neben Beratungstätigkeiten jedweder Art – befasst war. Interessenkollisionen und Reduktionen der Aussagekraft bei Prüfungsfeststellungen und -bewertungen waren damit vorprogrammiert. Prüferkompetenz konnte sich deshalb bei der BaFin, gerade, was das Prüfungswesen anbelangt, über Jahrzehnte nie herausbilden. Die BaFin wäre auch nach dem Reformkonzept des Referentenentwurfs deshalb nicht in der Lage, die Bilanzprüfungen in der Hand der Wirtschaftsprüfer zu bewerten. Diesem Teufelskreis wollen BMF und BMJV bei der Bilanzprüfung abermals sehenden Auges nicht entkommen, obwohl jetzt die Gelegenheit bestünde, Know-How einer staatlichen Stelle bei der Bilanzprüfung aufzubauen, um so ein Aufsichtssystem zu schaffen, dass de facto in der Lage ist, für mehr Qualität und Transparenz bei der Rechnungslegung zu sorgen.

### **Veröffentlichungsrecht (§ 107 Abs. 8 WpHG (E))**

Der Vorschlag und der damit verbundene Regelungszweck ist grundsätzlich zu begrüßen. Mit der neuen Regelung soll nicht nur das abschließende Ergebnis der Prüfung veröffentlicht werden, sondern auch jeder Zwischenschritt. Damit erhalten die Teilnehmer im Kapitalmarkt, die Gläubiger und Aktionäre des Unternehmens wichtige Informationen zu jedem Prüfungsschritt. Das erleichtert die Einschätzung des Unternehmens und dient der Transparenz am Kapitalmarkt, weil – wie im Falle Wirecard – einseitige Informationen durch die Unternehmensleitung oder ihrer Bediensteten oder spekulative Berichte verhindert werden können.

Im Interesse eines konsequenten, gegenüber den Anlegern bestehenden Transparenzgebots sollte die Norm jedoch als Mussvorschrift in Bezug auf die Veröffentlichung ausgestaltet werden, sofern öffentliche Interessen der Veröffentlichung nicht entgegenstehen. Es macht keinen Sinn, die Norm als Ermessennorm auszugestalten, wo im Rahmen der Interessensabwägung ohnehin öffentliche Interessen und private Interessen gegeneinander abzuwägen sind und diese dann mit einem zusätzlichen, duplizierenden Moment der Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen versehen wird. Durch die Ausgestaltung als Mussvorschrift würde auch der notwendige Gleichklang mit § 109 Abs. 2 WpHG (E) hergestellt.

## **2. Änderung des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes (FinDAG) – Artikel 4 des Gesetzesentwurfs**

### **Private Finanzgeschäfte der Beschäftigten der Bundesanstalt (§ 11a FinDAG (E))**

BMF und BMJV ziehen aus der Tatsache, dass einige BaFin-Mitarbeiter auffallend rege mit der Wirecard-Aktie handelten, nicht die nötigen rechtlichen Schlussfolgerungen.

Der Vorschlag, dass sich die beabsichtigte Verschärfung der internen Regelungen der BaFin am Verhaltenskodex der Deutschen Bundesbank orientieren soll, ist nicht, wie im Referentenentwurf ausgeführt wird, einer Verpflichtung geschuldet, den

Grundsätzen der Allfinanzaufsicht Rechnung zu tragen. Dabei wird verkannt, dass die Mitarbeiter der BaFin eine Vielzahl konkreter, interner Informationen zu den beaufsichtigten Unternehmen, im Rahmen der laufenden Aufsicht erhalten, die die der Deutschen Bundesbank und deren Mitarbeitern vorliegenden Informationen bei weitem übersteigen. Die Deutsche Bundesbank ist in die Solvenzaufsicht, aber nicht in die Marktaufsicht eingebunden. Im Rahmen der Marktaufsicht generierte Daten liegen ihr nicht vor.

Anstelle einer Spiegelung des Verhaltenskodexes der Deutschen Bundesbank für Mitarbeiter der BaFin sollten Richtschnur vielmehr andere Leitlinien oder Codices wie der der Europäischen Kommission sein (Artikel 3 Abs. 4 Buchstaben a und c des Kodexes der Europäischen Kommission).

Die Verortung des Regelungsinhalts im FinDAG ist konsequent. Damit müsste aber die Einschätzung einhergehen, dass die Entwicklung an den Märkten insgesamt und allen Formen des Interessenkonflikts zwischen privaten Investments von Mitarbeitern und aufsichtlicher Tätigkeit in allen Aufsichtsbereichen und der damit in diesem Zusammenhang anfallenden Informationen vermieden werden soll. Daraus folgt, dass die Verbotsnorm des § 11a Abs. 1 WpHG (E) sämtlichen Interessenskonflikten Rechnung tragen soll.

Bisher umfasst die Verbotsnorm im Lichte der im Wirecard-Skandal bekanntgewordenen Geschäften nur Finanzinstrumente i.S.d. § 2 Abs 4 WPHG unter den in § 11 a FinDAG (E) formulierten Voraussetzungen. Auch bei anderen Vermögenswerten und Verbindlichkeiten setzen in der laufenden Aufsicht anfallende Informationen die Beschäftigten der BaFin in die Lage, die Chancen und Risiken einer Investition besser bewerten zu können als andere Anleger. Dies kann bsp. im Fall eines Deckungsprüfers bei Hypothekenbanken sogar Informationen im Immobiliengeschäft betreffen. Aufgrund des intendierten Schutzzwecks der Norm und der Gleichbehandlung aller Risiken müssen deshalb alle finanziellen Interessen einschließlich Vermögenswerten und Verbindlichkeiten erfasst und grundsätzlich – gegebenenfalls mit einem Schwellenwert bei Anlagen versehen – von Anfang an in den Verbotskatalog einbezogen werden. Eine erst in Zukunft erforderlichenfalls angedachte Erweiterung des Verbotskatalogs auf andere Produkte oder Transaktionen, wie in Abs. 2 (E) vorgesehen, ist deshalb deplatziert.

### **3. Änderungen im KWG, ZAG und VAG (Artikel 5 bis 7)**

Finanzwende begrüßt die im Entwurf vorgeschlagenen Änderungen und Ergänzungen im KWG, ZAG und VAG (Artikel 5 bis 7). Der Begriff des Auslagerungsunternehmens in § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG wird im Lichte der Erfahrungen mit dem Konstrukt Wirecard zu Recht im vorgeschlagenen Definitionskatalog des § 1 Abs. 10 KWG (E) dadurch erweitert, dass nunmehr nicht mehr nur substantielle Auslagerungen und darüber hinaus Weiterverlagerungen unter diese Definition fallen sollen.

Allerdings ist der unbestimmte Begriff der „Aktivitäten und Prozesse“, der der neu geschaffenen Definition in § 1 Abs. 10 KWG (E) zugrunde liegt, etwa im Lichte des Outsourcings im Zusammenhang von der Erbringung von Zahlungsdiensten durch sog. StartUps **zumindest in der einschlägigen Gesetzesbegründung zum KWG, ZAG und VAG dahingehend zu verdeutlichen**, dass hierunter nicht nur die Erbringung von Aktivitäten die das Bankgeschäft, Finanzdienstleistungen oder Zahlungsdienste

unmittelbar fallen, sondern auch die **wesentlichen technischen Dienstleistungen, ohne die die Abwicklung der aufsichtsrelevanten Geschäfte und Dienstleistungen sowie deren Teilakte nicht erbracht werden können.**

Die Anfügung in § 25b Abs. 1 KWG (E) und in § 26 Abs. 1 ZAG ist dahingehend zu ergänzen, dass die vorgenommenen Auslagerungen im Auslagerungsregister **unverzüglich** zu erfassen sind. Das Moment der Unverzüglichkeit wird durch den nachfolgenden Halbsatz, der sich im Übrigen nicht auf die einzelne Eintragung, sondern auf das Register insgesamt bezieht, nicht vollständig inhaltlich abgedeckt.

- **Notwendige Ergänzung der Prüfungsverordnungen:**

Notwendig ist nach unserer Ansicht auch, die Prüfungsberichtsverordnung (PrüfbVO), die Zahlprüfberichtsverordnung (ZahlprüfbVO) sowie die Prüfberichtsverordnung in zusätzlichen Artikeln des Gesetzesentwurfs dahingehend zu ergänzen, dass über Darstellung, Richtigkeit und Vollständigkeit des Auslagerungsregisters vom Prüfer gegenüber der BaFin gesondert Bericht zu erstatten ist. Diese Prüferpflicht ist Voraussetzung des vom BMF und BMJV angestrebten „übergreifenden Blicks“ der BaFin über alle Auslagerungskonstruktionen.