

# Stellungnahme

## Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität

AZ BMF: VII B 11 WK 2000/20/10006:003

AZ BMJV: 7200-12-1-34 482/2020

### Kontakt:

Stefanie Morfeld-Wahle

Telefon: +49 30 2021-2420

E-Mail: [s.morfeld-wahle@bvr.de](mailto:s.morfeld-wahle@bvr.de)

Dr. Christoph Kunze

Telefon: +49 30 2021-2325

E-Mail: [c.kunze@bvr.de](mailto:c.kunze@bvr.de)

Berlin, 09.11.2020

### Federführer:

Bundesverband der Deutschen Volksbanken  
und Raiffeisenbanken e. V.

Schellingstraße 4 | 10785 Berlin

Telefon: +49 30 2021-0

Telefax: +49 30 2021-1900

[www.die-dk.de](http://www.die-dk.de)

## **Allgemeine Anmerkungen**

Der Wirecard-Skandal ist in erster Linie ein Betrugsfall, bei dem bestehende Regeln mit hoher krimineller Energie bewusst verletzt wurden, sodass sich nur bedingt Konsequenzen für das rechtliche Rahmenwerk ableiten lassen. Dennoch bietet der Fall Wirecard die Chance das bestehende Regelwerk und die Aufsichtspraxis weiter zu verbessern. Die vorgeschlagenen Änderungen fokussieren sich aus unserer Sicht auf die wesentlichen Lehren aus dem Fall Wirecard, so z.B. auf eine verbesserte Bilanzkontrolle. Dennoch gehen die Vorschläge an einigen Stellen zu weit. Dies ist insbesondere in Bezug auf die Auslagerungsregulierung der Fall, bei der keine nationalen Alleingänge unternommen werden sollten.

Die im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – FISG) vorgesehenen Änderungen, insbesondere im KWG, ZAG, WpHG und KAGB hinsichtlich der Auslagerung von Tätigkeiten und Prozessen an externe Dienstleister, erachten wir als sehr umfassend. Erst im vergangenen Jahr wurden diese Vorgaben durch die EBA-Leitlinien zu Auslagerungen (EBA-Guidelines on outsourcing arrangements vom 25. Februar 2019, EBA/GL/2019/02) deutlich erweitert. Die europäischen Regelungen werden aktuell im Rahmen einer sechsten Novelle in die Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) überführt.

Die vorgesehenen Änderungen werfen nach Einschätzung der DK diverse Fragen und rechtliche Zweifel auf. Daher sollte die Thematik der Auslagerungen aus diesem Gesetzesvorhaben herausgelöst und zunächst sachgerechte Lösungsansätze zwischen Aufsicht und Kreditwirtschaft erörtert werden (z.B. im Fachgremium MaRisk), bevor gesetzliche Regelungen festgeschrieben werden. Die besondere Eilbedürftigkeit, die sich aus dem Wirecard-Skandal ergibt, lässt sich für diese Thematik u.E. nicht herleiten.

Der Referentenentwurf führt im Abschnitt „F. Weitere Kosten“ aus, dass auf die Unternehmen der Finanzbranche im Rahmen der Finanzierung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) grundsätzlich höhere Kosten in Form einer Erhöhung der Umlage zukommen können. In diesem Zusammenhang bitten wir um Beachtung des „Verursacherprinzips“, wonach die Verwaltungskosten grundsätzlich von den beaufsichtigten bzw. betroffenen Unternehmen getragen werden. Insbesondere bei einer Ausweitung der Aufgaben der BaFin gegenüber „Kapitalmarktunternehmen“ oder „Unternehmen von öffentlichem Interesse“, muss eine verursachergerechte Umlage sichergestellt werden.

## **Artikel 1 – Wertpapierhandelsgesetz – Bilanzkontrolle**

Grundsätzlich begrüßen wir, dass die Routineprüfungen bei der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR) verbleiben. Die DPR verfügt über eine hohe Expertise, um diese Prüfungen durchzuführen. Ebenfalls sinnvoll ist die Stärkung der Rechte der BaFin, insbesondere im Zusammenhang mit anlassbezogenen Prüfungen sowie die Stärkung des Austausches zwischen DPR, BaFin und der Abschlussprüferaufsichtsstelle (APAS).

### **§ 109 Abs. 2 und § 112 Abs. 2 WpHG-RefE – Sofortige Vollziehbarkeit**

Die in § 109 Abs. 2 Satz 3 WpHG-RefE vorgesehene Anordnungsbefugnis der BaFin zur Korrektur des Jahresabschlusses sehen wir sehr kritisch. Hier bedarf es unseres Erachtens keiner weitergehenden Verschärfung gegenüber der aktuellen Rechtslage. Die bisherigen Vorgaben des IDW RS HFA 6 „Änderung von Jahres- und Konzernabschlüssen“ sind unseres Erachtens ausreichend und angemessen. Nach § 112 Abs. 2 WpHG-RefE soll auch der Widerspruch gegen eine Anordnung nach § 109 Abs. 2 Satz 3 WpHG-RefE keine aufschiebende Wirkung haben. Damit würde die BaFin bereits vor einer gerichtlichen Klärung Fakten schaffen können, die das Unternehmen, insbesondere im Hinblick auf die Beurteilung durch den Kapitalmarkt sehr negativ beeinträchtigen könnten, auch wenn sich hinterher im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung herausstellen sollte, dass das Gericht der Fehlerfeststellung der BaFin nicht folgt (wie in der Vergangenheit bereits geschehen).

Wie die Erfahrung der Praxis zeigt, ist es anders als im Fall Wirecard, bei dem Forderungen bilanziert wurden, die nicht existierten, teilweise objektiv nicht einfach zu beurteilen, ob auf Seiten des Unternehmens ein Fehler in der Rechnungslegung vorliegt oder nicht. Unterschiedliche Auffassungen und Auslegungen der Rechnungslegungsvorschriften haben zu einer sehr umfangreichen Literatur zu Bilanzierungsfragen geführt, in der wiederum verschiedene, zum Teil konträre Sichtweisen vertreten werden. Auch haben das Geschäftsmodell und die konkreten Umstände des Einzelfalls einen Einfluss auf die Bilanzierung. So können unterschiedliche Einschätzungen im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Ereignisses oder einer Entwicklung sowie die Einschätzung, ob es sich um eine temporäre oder dauerhafte Entwicklung handelt, zu gravierenden Auswirkungen auf die Bilanzierung führen. Die strikte Anwendung aller bilanziellen Einzelnormen allein führt also unter Umständen nicht dazu, dass der Jahres- bzw. Konzernabschluss einen „True and fair view“ vermittelt. Hierzu bedarf es auch der Einwertung diverser unternehmensinterner und -externer Faktoren. Anders als im Fall Wirecard ist es deshalb häufig nicht einfach zu beurteilen, welche Sichtweise bei objektiver Würdigung der Bilanzierungsvorschriften unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung „richtig“ oder „falsch“ ist.

Die Grundannahme, dass die Sichtweise der BaFin richtig und die des bilanzierenden Unternehmens falsch ist und damit der vom Abschlussprüfer testierte Jahresabschluss ggf. einschließlich des Lageberichts fehlerhaft ist, teilen wir daher nicht. Eine gerichtliche Überprüfung der Fehlerfeststellung durch die BaFin gemäß § 109 Abs. 1 WpHG-RefE muss deshalb möglich sein, ohne dass bereits Fakten geschaffen und das Unternehmen vor Abschluss des Gerichtsverfahrens der Gefahr einer sehr negativen Beeinträchtigung ausgesetzt wird, die im schlimmsten Fall zur Insolvenz führen kann, wenn sich die Kapitalgeber zurückziehen.

Wir sehen es deshalb als unabdingbar an, dass zum Schutz der Unternehmen der Widerspruch gegen eine Anordnung der BaFin auf der Grundlage des § 109 Abs. 2 Satz 3 WpHG-RefE aufschiebende Wirkung haben muss. Der Gesetzgeber sollte deshalb in § 112 Abs. 2 WpHG-RefE davon absehen, dass auch der Widerspruch gegen eine Anordnung der BaFin nach § 109 Abs. 2 Satz 3 WpHG-RefE keine aufschiebende Wirkung hat. Dementsprechend bitten wir, in § 112 Abs. 2 WpHG-RefE den Bezug auf § 109 Abs. 2 Satz 3 WpHG-RefE durch die Streichung der Wörter „und 3“ zu entfernen. Der BaFin stehen mildere Instrumente zur Verfügung, die es ihr erlauben, die Kapitalmarktteilnehmer zu informieren. So kann die BaFin den aus ihrer Sicht nach § 109 Abs. 1 WpHG-RefE festgestellten Fehler nach § 109 Abs. 2 WpHG-RefE zusammen mit einer Begründung bekanntmachen, wenn ein öffentliches Interesse besteht. Aber auch hier sollte mit Umsicht agiert werden und der Gesetzgeber der BaFin ein Ermessen einräumen. § 109 Abs. 2 Satz 1 WpHG-RefE sollte zumindest als Kann-Vorschrift ausgestaltet werden.

### **Artikel 3 – Vermögensanlagengesetz – Edelmetalle**

Den Vorschlag bestimmte Anlagen in Edelmetalle, die eine Verzinsung der Anlage vorsehen, als Vermögensanlagen einzuordnen, halten wir für sachgerecht. Der Gesetzgeber greift mit der Regelung bestimmte unseriöse Geschäftsmodelle einiger Edelmetallanbieter/-verwahrer und damit einhergehende Betrugsskandale auf. Betroffen sind ausweislich der Gesetzesbegründung Geschäftsmodelle außerhalb klassischer Verwahrverträge oder von Sachankäufen und Sachverkäufen. Erfasst sind danach Anlagemodelle, bei denen nach Ende der Laufzeit Edelmetalle zusammen mit einer Zinszahlung in Geld oder weitere Edelmetalle als vermögenswerter Ausgleich ausgekehrt werden sollen.

Die Prospektspflicht und die damit einhergehende vorherige Billigung des Prospekts durch die BaFin und dortige Hinterlegung ist zu begrüßen, da dies dazu beitragen kann, den Anlegerschutz in diesem Bereich des grauen Kapitalmarktes zu verbessern und Informationsasymmetrien zwischen Anlegern und Anbietern abzubauen.

## **Artikel 4 – Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz – Verbot des Handels mit Finanzinstrumenten für Beschäftigte der BaFin**

Nach den Regelungen des § 11a Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG-RefE) sollen Beschäftigte der BaFin künftig Geschäfte in Finanzinstrumenten, die von durch die BaFin beaufsichtigten Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten oder Versicherungsunternehmen – einschließlich verbundener Unternehmen – emittiert wurden oder sich auf Anteile an diesen beziehen, nicht mehr tätigen dürfen. Das Handelsverbot für BaFin-Mitarbeiter ist nachvollziehbar und in anderen Aufsichtsbehörden üblich.

## **Artikel 5 u.a. – KWG u.a. – Auslagerung**

Die im RefE des FISG geplanten Gesetzesänderungen gehen deutlich über die Anforderungen der EBA-Leitlinien und der MaRisk hinaus. Hierdurch würde für die Institute und auch für die Auslagerungsunternehmen ein erheblicher Mehraufwand entstehen (vgl. nachfolgende Ausführungen). Dem steht keine entsprechende Kompensation durch Entlastungen der Häuser im Hinblick auf ihre Pflichten gemäß § 25b KWG und AT 9 MaRisk gegenüber. Die geplanten Vorgaben würden aus unserer Sicht den aufsichtlichen Anforderungen an höhere Effizienz und Profitabilität der Geschäftsmodelle von Banken entgegenstehen. Wir plädieren deshalb dafür, den Fokus weiterhin auf eine risikoadäquate Steuerung zu legen. Hinsichtlich der jetzt geplanten verschärften Regelungen zu Auslagerungen sollte zumindest auf eine EU-weit einheitliche Lösung hingewirkt werden, um rein nationale Anpassungen und damit weitere Wettbewerbsnachteile für deutsche Banken zu vermeiden. Die erweiterten Befugnisse und direkten Anweisungsrechte der BaFin gegenüber den Auslagerungsunternehmen sind zum Teil vertraglich schwierig bis unmöglich durchzusetzen. Die Umsetzung wäre mit zusätzlichen Kosten verbunden. Die Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten bei Auslagerungen in Drittländer würde ebenfalls zusätzliche Bürokratie aufbauen und erhebliche Zusatzkosten produzieren.

### **Begrifflichkeiten - Wesentlichkeit von Auslagerungen**

Diese Spezifizierung wird im KWG-RefE nicht durchgängig und auch nicht konsistent verwendet. Eine Eingrenzung fehlt u. a. bei § 44 Abs. 1 Satz 1. An einigen Stellen wird auf die Wesentlichkeit der Auslagerung verwiesen (u. a. §§ 24 Abs. 1 Nr. 18 und 25b Abs. 1), bei anderen (z. B. §§ 1 Abs. 10, 25b Abs. 4a und 44 Abs. 1 Satz 2) wird hingegen auf die Wesentlichkeit der Aktivitäten und Prozesse abgestellt.

Hier stellt sich auch die Frage, wer die jeweiligen Wesentlichkeits-Einstufungen auf welcher Basis vornimmt. Institute bewerten im Ergebnis der Risikoanalyse gemäß AT 9 Tz. 2 MaRisk, welche Auslagerung sie aus ihrer individuellen Sicht als „wesentlich“ oder „nicht wesentlich“ einstufen. Unklar ist, ob für die Anwendbarkeit aufsichtlicher Rechte und Befugnisse die Einstufungen der Institute herangezogen werden sollen und was die praktischen Folgen wären, wenn z.B. ein Institut eine Auslagerung auf ein bestimmtes Unternehmen als wesentlich einstuft und das andere Institut seine Auslagerung (bzw. die betreffenden Aktivitäten bzw. Prozesse) auf das selbe Unternehmen als nicht wesentlich.

### **§ 1 Abs. 10 KWG-RefE – Überführung und Erweiterung des Begriffes des Auslagerungsunternehmens**

Nach der vorgesehenen Neuregelung sollen nun auch die wesentlichen Weiterverlagerungen unter den Auslagerungsbegriff fallen. Unseres Erachtens sollte unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten und unter Berücksichtigung des Übermaßgebotes nochmals kritisch überprüft werden, ob es dieser gesetzlichen Ausweitung der Befugnisse auf Subauslagerungsunternehmen in dieser Form wirklich bedarf.

Zumindest sollte der Auslagerungsbegriff einheitlich definiert werden. Die EBA-Leitlinien zu Auslagerungen sowie die MaRisk unterscheiden zwischen wesentlichen und unwesentlichen Auslagerungen sowie wesentlichen Weiterverlagerungen und sehen für die jeweilige Form spezielle Anforderungen vor. Diese Differenzierungen sollten beibehalten werden. Soweit in den Folgevorschriften des KWGs der Begriff des Auslagerungsunternehmens verwendet wird, könnte z.B. stattdessen eine Ergänzung um Subauslagerungsunternehmen erfolgen (vgl. §§ 25b Abs. 4a, 25h Abs. 5, 44 Abs. 1 Satz 1 und 2 KWG-RefE). Zudem besteht ein Widerspruch zwischen der Definition des Auslagerungsunternehmens in § 1 Abs. 10 KWG Ref-E und der Begründung auf S. 89: Dort heißt es, dass es im Hinblick auf die Befugnisse der BaFin auf die Wesentlichkeit der Auslagerung nicht ankommen soll; die Wesentlichkeit ist nach unserer Lesart jedoch ein wichtiges, da einschränkendes Definitionsmerkmal. Dieser Widerspruch sollte aufgelöst werden, da ansonsten spätestens in der Prüfungspraxis unterschiedlich vorgegangen werden würde.

### **§ 24 Abs. 1 Nr. 18 KWG-RefE – Neue Anzeigepflicht bei Auslagerungen**

Die Anzeigepflichten für den Vollzug von Auslagerungen sowie jede Änderung der Wesentlichkeitsbeurteilung gehen über die Anforderungen der EBA-Leitlinien zu Auslagerungen hinaus. Dieser Anzeigeaufwand dürfte erheblich sein. Die dort geplanten Einzel-Anzeigepflichten gegenüber der BaFin und der Deutschen Bundesbank würden u.E. zu unnötigem, erheblichen administrativen Aufwand ohne erkennbaren Nutzen führen und im Widerspruch zum erklärten Ziel einer Reduzierung der Meldeaufwände für die Institute stehen. Die in der Gesetzesbegründung angegebenen wiederkehrenden Erfüllungsaufwände erscheinen der DK als deutlich zu niedrig angesetzt.

Eine zusätzliche Anzeigepflicht erscheint vor dem Hintergrund der Redundanz zur bestehenden ausführlichen Berichterstattung des Abschlussprüfers zu wesentlichen Auslagerungen gemäß § 9 Abs. 3 PrüfV vollständig entbehrlich. Die Anzeigepflicht bestand, in eingeschränkter Form, im ersten Auslagerungs Rundschreiben RS 11/2001 des BAKred. Diese Anzeigepflicht wurde damals bewusst nicht in die MaRisk übernommen, da sie nach Ansicht der BaFin und der DK keinen Mehrwert erbracht hat. Die Aufsicht kam mit der Sichtung der Anzeigen nicht mehr nach. Dies waren die Kernaussagen in den Konsultationen zu den 1. MaRisk. Nunmehr soll auch jede Änderung in der Beurteilung der Wesentlichkeit zur Anzeige gebracht werden. Dies wäre mit entsprechenden Personalressourcen und Prozessen (ggf. über IT-Lösungen, wäre dann wohl wieder eine Auslagerung) zu hinterlegen. Die geplante Pflicht zur Anzeige der Absicht und des Vollzugs einer wesentlichen Auslagerung entspricht zwar dem früheren § 25a Abs. 2 KWG, legt den Anzeigzeitpunkt aber früher als die EBA-Leitlinie in Tz. 58 („rechtzeitig in Kenntnis setzen“). Verstöße sind zudem sanktionsbewehrt und werden als Ordnungswidrigkeit eingeordnet, § 56 Abs. 2 Nr. 1 Bst. f KWG-RefE. Das ist besonders deswegen schwerwiegend, weil gerade bei Auslagerungsvorhaben der Zeitpunkt der Fassung der Absicht bisweilen schwer zu bestimmen ist. Das würde im Rahmen der Jahresabschlussprüfung oder bei sonstigen Prüfungen ein Dauerthema sein.

Es ist darüber hinaus systematisch nicht nachvollziehbar, dass zusätzlich unwesentliche Auslagerungen einzeln zu melden sind. Die MaRisk ermöglichen bisher den Instituten eine grundsätzlich risikoorientierte Ausgestaltung ihrer Geschäftsorganisation nach dem Proportionalitätsprinzip. Die zusätzliche Meldung einzelner als unwesentlich klassifizierter Auslagerungen ist methodisch nicht nachvollziehbar, zumal dies Risikoorientierung und Proportionalität unterläuft. Für die Kreditinstitute würde ein erhöhter Aufwand durch zusätzliche Bürokratie entstehen, dem kein erkennbarer erwarteter Nutzen gegenübersteht.

Wir erachten diese Erweiterungen daher als zu weitgehend und mit einem Zusatzaufwand verbunden, der nicht risikoorientiert begründet werden kann und über die bereits bestehenden Informationsrechte der Aufsicht hinaus keinen wirklichen Mehrwert bietet. Bereits jetzt erhält die BaFin zum Teil umfangreiche Informationen über Auslagerungen über den Prüfungsbericht von Seiten des Abschlussprüfers, der nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a KWG über die Einhaltung der Anforderungen nach § 25b KWG berichten muss. Dies schließt auch die Überprüfung der Einstufung als wesentliche Auslagerungen ein. Die Anzeigepflicht über den Vollzug einer nicht wesentlichen Auslagerung ist in den EBA-Leitlinien nicht vorgesehen und würde die Institute (und die Behörden!) stark

belasten. Denkbar sind hunderte Fälle pro Jahr pro Bank. Eine zusätzliche Anzeigepflicht erscheint daher vollständig entbehrlich.

Davon abgesehen ist der Anzeigetatbestand („jede Änderung der Beurteilung der Wesentlichkeit einer Auslagerung“) aus unserer Sicht unklar formuliert. Sofern bei Auslagerungen die Prüfungsrechte und Kontrollmöglichkeiten der BaFin beeinträchtigt sind, kann diese nach § 25b Abs. 4 KWG im Einzelfall Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, diese Beeinträchtigung zu beseitigen. Insofern haben Kreditinstitute bereits heute ein Interesse, bei großen und kritischen Auslagerungen auf die Aufsichtsbehörde zuzugehen, um etwaige Bedenken zu erörtern. Einer Anzeige der Absicht für voraussichtlich als wesentlich eingestufte Auslagerungen bedarf es insofern nicht. Abgesehen davon ist derzeit nicht eindeutig geregelt, wann die Meldepflicht zur „Absicht“ einer wesentlichen Auslagerung genau greift. Mit dem ebenfalls zu meldenden „Vollzug“ einer Auslagerung würden zudem zeitnahe Doppelmeldungen ein und desselben Sachverhalts statuiert.

Um ein ineffizientes und fehleranfälliges Verfahren mit diversen Einzelanzeigen zu vermeiden, sollte die Ergänzung von § 24 KWG wie folgt umformuliert werden:

*Nr. 18: „jährlich einen Auszug ihres Auslagerungsregisters mit einer Aufstellung der wesentlichen und nicht wesentlichen Auslagerungen;“*

Für die erstmalige Bereitstellung eines Register-Auszugs sollte eine angemessene Übergangsfrist aufgenommen werden. Dabei ist die in den EBA-Leitlinien vorgesehene Umsetzungsfrist für die Dokumentation aller bestehenden Auslagerungen zu berücksichtigen (31. Dezember 2021, vgl. Tz. 16). Realistisch wäre eine Übermittlung per 31. März 2022, um zuvor das Format abstimmen zu können und die technischen Voraussetzungen zu schaffen. Zudem fehlt bei § 24 sowie bei § 25b Abs. 1 KWG-E die Berücksichtigung der Ziffer 53 der EBA-Leitlinie, d.h. die Möglichkeit der zentralen Registerführung in Gruppen und Finanzverbänden gem. Tz. 23 der EBA-Leitlinie. Dies soll in die neuen MaRisk eingefügt werden, gehört unseres Erachtens aber auch in das KWG.

Die Ad hoc-Informationspflichten der Institute sollten getrennt dargestellt werden und es sollte klargestellt werden, dass diese nur bei wesentlichen negativen Auswirkungen greifen:

*Nr. 19: „wesentliche Änderungen und schwerwiegende Vorfälle im Rahmen von bestehenden Auslagerungsvereinbarungen, sofern diese die Geschäftstätigkeit des Instituts wesentlich beeinträchtigen können.“*

### **§ 25b Abs. 1 KWG-RefE – Einstufung von Auslagerungsunternehmen**

Wir bitten in der Begründung zum Gesetzentwurf klarzustellen, dass die Einstufung einer Auslagerung als wesentlich im Sinne dieser Vorschrift in Verbindung mit AT 9 MaRisk gleichwertig zur Einstufung einer Auslagerung nach den EBA-Leitlinien (EBA/GL/2019/02) zur Auslagerung kritischer oder wichtiger Funktionen ist und umgekehrt. Dies ist von Relevanz, da die bedeutenden Institute (SI) nach der SSM-Verordnung die EBA-Leitlinien unmittelbar zum von der EBA angegebenen Zeitpunkt, spätestens aber mit Übernahme der Leitlinien in die Aufsichtspraxis der EZB zu beachten haben und der deutsche Gesetzgeber und die BaFin, wie aus dem jüngsten auf der Homepage der BaFin am 26. Oktober 2020 veröffentlichten Konsultationspapier zu entnehmen ist, am Konzept wesentlicher und nicht wesentlichen Auslagerungen festhalten wollen.

### **§ 25b Abs. 3 KWG-RefE, § 44 Abs. 1 KWG-RefE - Erweiterte Befugnisse und direkte Anweisungsrechte der BaFin gegenüber den Auslagerungsunternehmen**

Den Abschluss von Auslagerungsvereinbarungen erachten wir vor dem Hintergrund der vorgesehenen erweiterten Befugnisse und direkten Anweisungsrechte der BaFin gegenüber den Auslagerungsunternehmen als äußerst problematisch bis nicht verhandelbar und mit zusätzlichen Kosten verbunden. Diese würden letztlich die Institute treffen, sowohl direkt (über erhöhte Rechnungen der Auslagerungsunternehmen) als auch indirekt (über

die Umlage einer personell abermals aufzustockenden Aufsicht) und damit deren Rentabilität weiter belasten. Zudem sehen wir hier Schwierigkeiten hinsichtlich einer klaren Weisungskompetenz im Auftraggeber-/Auftragnehmer-Verhältnis. Dies gilt insbesondere auch für die geplanten Eingriffsbefugnisse bei nicht beaufsichtigten Unternehmen. Soweit die Gesetzesbegründung auf S. 88 des RefE davon ausgeht, dass Eingriffsbefugnisse der BaFin auch gegenüber Auslagerungsunternehmen mit Sitz im Ausland bestehen, dürfte dem das Territorialitätsprinzip für nationale hoheitliche Maßnahmen entgegenstehen.

Ein gesetzlicher Zwang der Institute, Auslagerungen ausschließlich auf ausländische Anbieter zu beschränken, die über einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten verfügen, ist daher abzulehnen. Insbesondere im Bereich der Informationstechnologie könnte diese Anforderung für deutsche Institute regelmäßig zu Wettbewerbsnachteilen gegenüber nicht in Deutschland beaufsichtigten Marktteilnehmern führen. Im Bereich der Informationstechnologie herrschen Monopol- bzw. Oligopolstrukturen vorwiegend ausländischer Anbieter vor, deren Vertragsbedingungen für das Institut im Regelfall nicht verhandelbar sind. Aus Sicht des Instituts kann die Vermeidung aufsichtsrechtlich unzulässiger Vertragsgestaltungen möglicherweise den Ausschluss von der Nutzung von Schlüsseltechnologien und Innovationen bedeuten, soweit die Anbieter nicht dazu bereit sind, regionale Eigenheiten in ihre Vertragswerke aufzunehmen. Demgegenüber sind die Änderungen im aktuellen § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG schon angelegt (Auskünfte und Prüfungen), aber nur für wesentliche Fälle.

### **Proportionalität**

Direkte aufsichtliche Befugnisse sollten durchgängig auf wesentliche Auslagerungen eingeschränkt und der Anwendungskreis der einbezogenen Auslagerungsunternehmen begrenzt werden. Es wäre unangemessen, wenn die Aufsicht bei einem kleinen Auslagerungsunternehmen, das nur für ein oder wenige Institute Dienstleistungen erbringt, ohne einen konkreten Anlass Auskünfte anfordern und Prüfungen anordnen dürfte.

### **Aufsichtszuständigkeiten**

Die unterschiedlichen Zuständigkeiten bei der Aufsicht über LSIs und SIs werden im Referentenentwurf derzeit nicht berücksichtigt. Ferner ist fraglich, wie die Regelungen u. a. des KWG-E im Zusammenhang mit dem Verordnungsentwurf „Digital operational resilience for the financial sector“ der EU-Kommission vom 24. September 2020 im Zusammenhang stehen. Dort ist für „kritische IKT-Dienstleister“ eine Ansiedlung der Aufsichtszuständigkeit bei den ESAs geplant. Die geplanten Änderungen im KWG und den anderen Gesetzen erscheinen damit nicht kompatibel.

### **§ 25 Abs. 3 KWG-RefE - Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten bei Auslagerungen in Drittländer**

Die Anforderung der Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten sollte gestrichen werden. Mit diesem Erfordernis würde zusätzliche Bürokratie aufgebaut werden und es entstünden erhebliche Zusatzkosten, die insbesondere bei kleineren unwesentlichen Auslagerungen unverhältnismäßig wären und deren Wirtschaftlichkeit deutlich beeinträchtigen würden. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Bank Dienstleister in Drittstaaten hat, die nicht schon durch Konzerngesellschaften oder anderweitig auch in Deutschland vertreten sind, die sie als inländische Zustellungsbevollmächtigte benennen könnten. Unklar ist auch, ob dies ebenfalls gilt, wenn das Unternehmen seinen Sitz in der EU hat und nur eine Betriebsstätte im Drittland. Das Erfordernis stellt unseres Erachtens eine zusätzliche Hürde dar, die einem kostenbewussten, wirtschaftlichen Handeln entgegensteht. Der Referentenentwurf ist zudem hinsichtlich der Frage unklar, ob eine Auslagerung durch eine Zweigniederlassung in einem Drittstaat an einen Dienstleister in dem Drittstaat, der nur für diese Zweigniederlassung oder weitere Zweigniederlassungen in Drittstaaten tätig wird, unter die Pflicht zur Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten fallen soll. Sollte dies zutreffen, wäre eine praktische Umsetzung problematisch und würde erheblichen weiteren Aufwand bedeuten.

Zudem dürfte die Benennung von inländischen Zustellungsbevollmächtigten auch regelmäßig von ausländischen Auslagerungsunternehmen nicht erfolgen können, wenn die Auslagerung der Bank im Ausland rein für den lokalen Bedarf vor Ort an ein lokales Unternehmen erfolgt. Auch wenn dies insgesamt eher ein Problem für die Behörde ist und die Anforderungen insoweit auch bisher schon hoch sind, werden hierdurch ggf. grenzüberschreitende (Sub-)Auslagerungen weiter erschwert, weswegen diese Vorschriften gestrichen werden sollte.

### **Neu: Waiver**

Aus unserer Sicht fehlt es an der Berücksichtigung der Erleichterung in Ziff. 24 der EBA-Leitlinie für Institute, die einen Waiver bzw. eine Freistellung gemäß Artikel 7 CRR, § 2a Abs. 2 KWG nutzen. Die Formulierung in § 2a Abs. 2 KWG sollte auch auf die Pflichten der auslagernden Bank zu angemessenem Risikomanagement in § 25b Abs. 1 KWG ausgedehnt werden.

### **Artikel 9 – Geldwäschegesetz - FIU**

Der Vorschlag der Regelung, der zufolge die Financial Intelligence Unit künftig einen automatisierten Zugriff auf Daten der Finanzbehörden erhalten soll, ist grundsätzlich sinnvoll. Allerdings sollte genau überprüft werden, ob das Regelwerk der FIU zum Umgang mit den Daten ausreichend ist. Bislang hat die FIU (nur) ein Auskunftsrecht. Bezieht man ähnliche Auskunftsrechte ein, die der FIU im Rahmen der Umsetzung der 5. GW-Richtlinie (in Bezug auf polizeiliche Datenbanken) eingeräumt worden sind, dann verfügt diese Behörde künftig über sehr weitgehende Datenzugriffe mit vergleichsweise geringen gesetzlichen Bindungen an die Verwendung, zumal die FIU keine Ermittlungsbehörde ist. Diese Entwicklung ist aus unserer Sicht rechtsstaatlich bedeutsam und sollte evaluiert werden.

### **Artikel 11 – Handelsgesetzbuch - Haftung des Abschlussprüfers**

Gemäß § 323 Abs. 2 Satz 2 HGB-RefE soll die Haftungsobergrenze von 4 Mio. Euro bei der Abschlussprüfung von börsennotierten Aktiengesellschaften auf 20 Mio. Euro erhöht werden und darüber hinaus künftig für die Prüfung aller Kapitalgesellschaften gelten, die Unternehmen von öffentlichem Interesse sind. Über § 340k Abs. 1 Satz 1 HGB / § 341k Abs. 1 HGB wären alle CRR-Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen erfasst.

Wir halten es nicht für angemessen, die massiv erhöhte Haftungsobergrenze undifferenziert auf die Prüfung aller Unternehmen von öffentlichem Interesse und damit auf die Prüfung aller Kreditinstitute zu übertragen. Bislang gilt für börsennotierte Aktiengesellschaften, wie es auch die Wirecard AG war, eine erhöhte Haftungsgrenze. Die drastische Anhebung der Haftungsobergrenze für alle nicht börsennotierten Kreditinstitute würde zu erheblichen Kostensteigerungen führen, die im Endergebnis von den zu prüfenden Unternehmen getragen werden müssen. Die Kosten für die Jahresabschlussprüfung von beaufsichtigten Kreditinstituten sind jedoch aufgrund des ganz erheblichen Umfangs der in diesem Zusammenhang stattfindenden aufsichtsrechtlichen Prüfung und Berichterstattung schon deutlich höher als bei vergleichbaren nicht beaufsichtigten Unternehmen.

Die Vorkommnisse um den Fall Wirecard lassen in keiner Weise den Schluss zu, dass nicht börsennotierte Kreditinstitute der erhöhten Haftungsgrenze unterstellt werden sollten. Vielmehr sprechen gerade die sehr umfangreichen aufsichtsrechtlichen Prüfungen im Zusammenhang mit der Jahresabschlussprüfung dafür, dass für diese Unternehmen weiterhin die Regel-Ersatzpflicht gilt.



## **Artikel 14 – Umwandlungsgesetz – Verschmelzungsprüfer**

### **§ 11 Abs. 1 Satz 2 UmwG-RefE**

Angesichts der begrenzten Anzahl an Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die aufgrund ausreichender Kapazitäten und Kenntnisse in der Lage sind, größere, grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen (mit Ausnahme von Ausgliederungen) zu prüfen, könnte die geplante Einschränkung bei der Auswahl des Verschmelzungsprüfers nach § 11 Abs. 1 Satz 2 UmwG-RefE künftig die Auswahl geeigneter und „freier“ Verschmelzungsprüfer erheblich erschweren. Verkürzt gesagt kann nach der vorgesehenen Neufassung Verschmelzungsprüfer (und damit auch Spaltungsprüfer, soweit dieser nach § 125 UmwG vorgesehen ist, für Spaltungen i. S. d. § 123 ff. UmwG) nicht sein, wer aufgrund erbrachter Nichtprüfungsleistungen auch nicht zum Abschlussprüfer gewählt werden kann. Bei der Auswahl des Abschlussprüfers scheint sich die aktuelle Regelung bewährt zu haben, für die Auswahl eines Verschmelzungsprüfers erscheint diese Restriktion weniger sinnvoll, zumal der Verschmelzungs- oder Spaltungsprüfer kein „laufendes Mandat“ erhält.

## **Artikel 15 – Aktiengesetz – Auskunftsrechte**

### **§ 93 Abs. 1a AktG-RefE**

Die Einführung des neuen Abs. 1a ist aus unserer Sicht nicht lediglich „eine Klarstellung“ für börsennotierte Unternehmen (vgl. Begründung auf Seite 115), sondern würde zu einer Gefährdungshaftung des Vorstands einer börsennotierten Aktiengesellschaft für Compliance-Verstöße der Gesellschaft führen. Dass ein angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem vorlag, wenn anschließend durch Fehlverhalten in der Organisation ein Schaden eintritt, dürfte weitgehend ausgeschlossen sein. Die Haftung für Fahrlässigkeit würde zusammen mit der Beweislastumkehr daher praktisch zu einer Gefährdungshaftung führen.

Auch befürchten wir an dieser Stelle weitergehende Auswirkungen auf nicht börsennotierte Aktiengesellschaften, da die Einrichtung eines Compliance-Systems grundsätzlich als Ausdruck der allgemeinen Sorgfaltspflichten des Vorstands zu verstehen ist (vgl. Grundsatz des Deutschen Corporate Governance Kodex).

Wir sprechen uns daher dafür aus, die in § 93 Abs. 1a AktG-RefE vorgesehene Vorschrift zu streichen.

### **§ 100 Abs. 5 AktG-RefE**

Aufgrund der geplanten Änderung des § 100 Abs. 5 AktG-RefE soll künftig Sachverstand im Aufsichtsorgan bezüglich der Rechnungslegung und der Abschlussprüfung vorliegen müssen. Dies geht über die Vorgabe des Artikel 39 Abs. 1 Satz 4 der Abschlussprüferrichtlinie (RL 2014/56/EU) hinaus, wonach mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses über Sachverstand im Bereich Rechnungslegung und/oder Abschlussprüfung verfügen muss. In der Begründung zum Referentenentwurf wird auf die Richtlinienvorgabe zwar Bezug genommen, aus dieser allerdings der falsche – gegen den Wortlaut verstoßende – Schluss gezogen, dass sich der im Ausschuss vorhandene Sachverstand kumulativ auf beide Bereiche beziehen muss. Wir sehen hier keinen Anpassungsbedarf und befürworten die Beibehaltung der richtlinienkonformen Umsetzung. Danach sollte es auch weiterhin heißen „Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung“.

### **§ 107 Abs. 4 Satz 3 AktG-RefE**

Nach § 107 Abs. 4 Satz 3 AktG-RefE soll ein Auskunftsrecht des Prüfungsausschusses gegenüber dem Leiter der internen Kontrolle, dem Leiter des Risikomanagements und dem Leiter des Internen Revision statuiert werden.

Für Banken sind die Leiter der Kontrollfunktionen Risikomanagement, Compliance und Interne Revision gängige Funktionen. Es erschließt sich nicht, welche (zusätzliche) Funktion mit dem „Leiter interne Kontrolle“ gemeint sein soll. Würde an der Funktion „Leiter interne Kontrolle“ festgehalten werden, würde ggf. eine weitere Kontrollfunktion über das AktG geschaffen, die nicht im Einklang mit der Bankorganisation steht.

Das nach § 25d Abs. 9 KWG bereits bestehende Auskunftsrecht ist angemessen und ausreichend.

Die gesellschaftsrechtliche Ausstrahlungswirkung einer solchen Überführung in das Aktiengesetz ist umstritten, da nach den hergebrachten Grundsätzen des deutschen Aktienrechts der Vorstand Adressat eines Auskunftsverlangens ist. Eine Abkehr von diesem Grundsatz sollte nicht in einem Artikelgesetz erfolgen, sondern im Rahmen einer Novelle des Aktiengesetzes umfassend konsultiert werden.

#### **§ 405 Abs. 4 AktG-RefE**

In § 405 AktG soll künftig auch der Vorschlag zur Bestellung eines Abschlussprüfers an die Hauptversammlung als Ordnungswidrigkeit u.a. der Aufsichtsratsmitglieder mit Bußgeldern belegt werden können, wenn das zugrundeliegende Auswahlverfahren nicht den Anforderungen der EU-AbschlussprüferVO (537/2014) entspricht. Damit eröffnet sich für Aktionäre, die den Beschluss der Hauptversammlung nicht mittragen wollen, neben der Anfechtungsklage auch noch die Möglichkeit einer Anzeige an die BaFin mit der Behauptung, dass das dem Beschlussvorschlag zugrundeliegende Auswahlverfahren fehlerhaft gewesen sei. Die gleiche Frage wird dann in unterschiedlichen Rechtswegen mit dem Risiko uneinheitlicher Entscheidungen geprüft.

#### **§ 405 Abs. 5 AktG-RefE**

Die vorgesehene Änderung des § 405 Abs. 5 AktG, wonach die zuständige Verwaltungsbehörde für die meisten in § 405 AktG geregelten Ordnungswidrigkeiten (insbesondere die durch das ARUG II-Gesetz eingeführten neuen Intermediärspflichten, § 405 Abs. 2a AktG) der allgemeinen Zuständigkeitsvorschrift des § 36 Abs. 1 Nr. 2 OWiG unterliegt, ist zu begrüßen. Es ist wohl zu erwarten, dass das fachlich zuständige Bundesministerium nach § 36 Abs. 3 OWiG umgehend eine Rechtsverordnung erlassen wird, wonach die Zuständigkeit hinsichtlich der in § 405 Abs. 2a AktG geregelten Ordnungswidrigkeiten auf die BaFin übertragen wird.