

Die richtigen Lehren aus Wirecard ziehen – effektive europäische Aufsicht schaffen

Dem aktuellen, öffentlich bekannten Kenntnisstand zufolge war der Wirecard-Fall Ergebnis eines mutmaßlichen Betrugs auf höchster Managementebene. Möglicherweise gab es auch Verstöße gegen das Geldwäscherecht, was einer weiteren Klärung bedarf. Zuallererst deutet dieser Fall auf Inkonsistenzen und Lücken in der Überwachung der Unternehmensbuchhaltung und von Finanzdienstleistungen außerhalb des Bankenbereichs hin. Es fehlte zudem an europäischer und internationaler Abstimmung in der Beaufsichtigung des Geschäfts der Wirecard AG. Damit blieben verschiedene Unstimmigkeiten lange Zeit unentdeckt.

Der „Aktionsplan der Bundesregierung zur Bekämpfung von Bilanzbetrug und zur Stärkung der Kontrolle über Kapital- und Finanzmärkte“ greift viele dieser Problemfelder richtig auf. Dies gilt auch für den Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität“ (FISG-E; Stand: Konsultationsfassung vom 23. Oktober 2020). Das Vertrauen in die Richtigkeit von Unternehmensabschlüssen und der Prüfprozesse ist wesentlich für den Finanzplatz Deutschland. Das Vertrauen in die Richtigkeit der Rechnungslegung muss an dieser Stelle durch Regulierung wiederhergestellt werden.

Allerdings enthält das FISG-E auch Inhalte, die entweder am Kern des Wirecard-Falls vorbeigehen oder das Ziel der Bundesregierung, effektive und in der EU abgestimmte Aufsichtsregime zu stärken, nicht adäquat umsetzen. Im Folgenden greifen wir diese Punkte heraus. Im Anhang fassen wir zudem die aus unserer Sicht gebotenen Schritte auf EU-Ebene zusammen.

1 Vorschriften zur Auslagerung

Die Vorschläge zur Verschärfung der Vorschriften zur Auslagerung stehen in der vorgelegten Form in sachlicher Konkurrenz zu den ohnehin bereits sehr detaillierten Regelungen der Outsourcing Guidelines¹ (2019) der European Banking Authority (EBA), an die im Sinne europäischer Harmonisierung aber vielmehr der Anschluss gesucht werden müsste. So ist etwa eine formale Absichts- oder Vollzugsanzeige für jegliche Auslagerungen in den EBA Guidelines nicht vorgesehen. Die angemessene Anzeige bei der Aufsichtsbehörde bzw. der zeitnahe Dialog, beschränkt auf eine Auslagerung kritischer/wichtiger Funktionen eines Instituts, stellen, zusammen mit dem ohnehin aufzubauenden, zentralen Auslagerungsregister über alle Auslagerungen hinweg, aus Sicht der EBA bereits eine hinreichende und risikoangemessene Verfügbarkeit über alle Auslagerungsinformationen sicher. Eine allgemeine Absichts- oder gar eine Vollzugsanzeige jeglicher Auslagerungsaktivitäten (einschließlich der als nicht-wesentlich eingestuften Fälle) würde über den Rahmen der EBA-Richtlinien hinaus auch aufgrund der weiten Auslegung des Auslagerungsbegriffs eine unnötige Vielzahl von Anzeigen ohne Mehrwert für alle Beteiligten erzeugen.

Das Mandat der BaFin gestattet es ihr weiterhin auch heute schon, sich den Vollzug einer Auslagerung im Einzelfall oder in Bezug auf besonders kritische Arten von Auslagerungen anzeigen zu lassen und die erforderlichen Informationen zu verlangen, die für eine Prüfung des Risikomanagements vonnöten sind. Vor dem Hintergrund dieser umfassenden Prüfungsrechte ist deren risikoangemessene Handhabung einer undifferenzierten Methodik von Absichts- und Vollzugsanzeigen unbedingt vorzugswürdig, insbesondere

¹ <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2551996/38c80601-f5d7-4855-8ba3-702423665479/EBA%20revised%20Guidelines%20on%20outsourcing%20arrangements.pdf>

da sich derartige Regelungen in der Praxis zwischen 1997 und 2007 nicht bewährt haben und die aktuellen EBA Outsourcing Guidelines auch keine Vollzugsanzeige vorsehen. Erste Erfahrungen mit dem aufsichtsrechtlichen Abstimmungsprozess unter den EBA Outsourcing Guidelines haben bereits gezeigt, dass die Zusammenarbeit von Institut und Aufsicht bei einer beabsichtigten Auslagerung kritischer/wichtiger Funktionen einerseits einen arbeitsintensiven Dialog erfordert, andererseits aber eine Konzentration auf kritische Risiken ermöglicht.

Schließlich sind die vorgeschlagenen Eingriffsbefugnisse auf Auslagerungsunternehmen im In- und Ausland als bedenklich einzustufen. Unter diese Eingriffsbefugnisse fällt auch der Vorschlag, Auslagerungsunternehmen aus Drittstaaten dazu zu verpflichten, in Deutschland einen Zustellungsbevollmächtigten für die Aufsicht zu bestellen. Die Gründe für die Bedenklichkeit dieser Herangehensweise liegen -- anders als etwa ihr Bezug zu den Verwerfungen rund um die Wirecard AG -- auf der Hand.

So liegen die mit einer Auslagerung verbundenen Risiken gesetzlich bereits im Verantwortlichkeitsbereich der Bank. Auch die EBA-Richtlinien betonen hier die Verantwortlichkeit der Bank und sehen keine direkten Eingriffsbefugnisse gegenüber Auslagerungsunternehmen vor (vgl. EBA Guidelines 2019: Rdnr. 100 ff., insbesondere 105). Auf dieser Grundlage erscheint es daher als höchst unwahrscheinlich, dass ein derartiges Zugriffsrecht der deutschen Bankenaufsicht auf Kooperation in Drittstaaten stoßen wird. Eine deutsche, exklusive Vorschrift würde aller Voraussicht nach ungenutzt bleiben und anstatt effektiverer Kontrolle vielmehr Konfliktpotenziale zwischen verschiedenen Akteuren -- dabei insbesondere zwischen Auslagerungsunternehmen, Drittstaaten und nationaler Bankenaufsicht -- herbeiführen.

Die Europäische Kommission hat im September 2020 ihre Vorschläge für neue gesetzliche Bestimmungen zur operativen Resilienz im Finanzsektor (Digital Operational Resilience Act / DORA) vorgelegt, die ebenso eine EU-weite Vereinheitlichung von bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen an IT-Dienstleister beabsichtigt. Jegliche Änderungen im deutschen Recht sollten damit eng synchronisiert werden bzw. die Ergebnisse der Verhandlungen über die neuen EU-Bestimmungen sollten abgewartet werden.

Es bleibt zur geplanten Auslagerungsregulierung festzuhalten, dass es nicht nachvollziehbar erscheint, wie die beabsichtigte Verschärfung Manipulationen oder resultierende Schadensfälle in einem Konzern verhindern können, da einerseits alle erforderlichen Auslagerungsinformationen der Aufsicht bereits auf Anfrage vorzulegen sind und andererseits die Erweiterungen von Eingriffsbefugnissen eine praktische Beaufsichtigung eines Instituts nicht weiter verbessern. Umgekehrt würden die neuen Regeln zu deutlich höheren Personal- und Kostenaufwänden bei den Instituten führen, Innovationsprozesse verzögern und den Finanzmarkt Deutschland auch innerhalb der EU benachteiligen.

2 Fehlerkategorisierung in der Bilanzkontrolle

Die vollständige Ansiedlung der Bilanzkontrolle bei der BaFin ist ein wichtiger Schritt hin zu einer konsequenten Rechnungsprüfung. Die Ansiedlung der DPR bei der BaFin ist in dieser Hinsicht ebenso begründenswert. Jedoch verbleibt die Kategorisierung in der Prüfung von Fehlern in der Rechnungslegung im binären Schema und damit als Maßstab verbesserungswürdig.

Denn innerhalb eines undifferenzierten Schemas von „richtig“ oder „falsch“ (mit den weiteren Folgen „keine Veröffentlichung“ oder „Fehlerveröffentlichung“) gibt es keinen Raum für kontinuierliche Verbesserungen der Offenlegungspraxis durch die Emittenten. Um einer solchen kontinuierlichen Verbesserung näherzukommen und dahingehende Möglichkeiten der Bilanzkontrolle auszuschöpfen, ist es angezeigt, einen differenzierteren Einschätzungsmodus zu etablieren. Möglichkeiten hierfür böten sich etwa in Form eines graduelleren Maßstabes oder noch differenzierter als Prüfung nach Vorbild der in den U.S.A. gebräuchlichen „Comment letters“ der US Securities and Exchange Commission (SEC), welche die Debatten um die notwendigen Lehren aus der Wirecard-Insolvenz mithin als beispielhaftes Exempel konsequenter Bilanzprüfung begleitete.

Nicht zuletzt sollte mit Blick auf die Fehlerveröffentlichungen auch eine eingängige Prüfung erfolgen, ob angesichts der zehnjährigen Vorhaltung der Fehlerbekanntmachungen auf der BaFin-Webseite nicht zumindest eine sachgerechte Beurteilung ermöglicht werden müsste.

3 Haftungsregelung bei Compliance-Verstößen

Die vorgeschlagene Haftung für Fahrlässigkeit führt in Verbindung mit der Beweislastumkehr praktisch zu einer Gefährdungshaftung des Vorstands einer börsennotierten Gesellschaft für deren etwaige Compliance-Verstöße. Diese kommt insbesondere dadurch zum Tragen, dass im Fall des Schadens in aller Regel nicht von einem angemessenen und wirksamen Kontrollsystem ausgegangen werden dürfte. Diese Form der verschuldensunabhängigen Haftung dürfte gewiss eine zur zusätzlichen Risikominderung disproportionale Kontrollinflation begünstigen, die nicht Sinn einer effektiveren Prüfung sein kann.

Da sich für nichtbörsennotierte Unternehmen in dieser Hinsicht aber keine Änderung der Rechtslage ergeben soll, widerspricht die vorgesehene Differenzierung in der Behandlung börsennotierter und nichtbörsennotierter Aktiengesellschaften zudem in aller Deutlichkeit der bekundeten Intention des Vorschlags, „letztlich [...] eine Klarstellung“ - d.h. keine Änderung - herbeiführen zu wollen.

Anhang: Schritte auf EU-Ebene zur Verbesserung der Integrität der Finanzmärkte

Starke europäische Antwort auf Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung:

- Um einen kohärenten Ansatz zur Bekämpfung von Geldwäsche / Terrorismusfinanzierung zu bieten, brauchen wir gleiche Wettbewerbsbedingungen. Alle Finanz-Unternehmen sollten der Kontrolle einer EU-weiten AML-Behörde mit denselben hohen Regulierungs- und Überwachungsstandards unterliegen.
- Ein vollharmonisiertes EU-Regelwerk zu Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung würde eine konsequentere Durchsetzung und Auslegung der Vorschriften fördern. Wir brauchen EU-weite gleiche Wettbewerbsbedingungen in zwei Dimensionen:
 - Anwendung des Geltungsbereichs der Geldwäscheregelung nicht auf die Art einer juristischen Person (z. B. Banken, aber nicht auf Fintech-Anbieter oder Zahlungsdienstleister), sondern auf die Art des Dienstes;
 - Gleiche Standards und Erwartungen für alle Finanz-Unternehmen anwenden.
- Beides würde sicherstellen, dass die Widerstandsfähigkeit des EU-Finanzsystems erhöht wird, da Lücken geschlossen werden und die ganzheitliche Transparenz der Zahlungen durch die verschiedenen Marktteilnehmer erhöht wird.

EU-Kapitalmarktunion mit effektiver Marktaufsicht

- Die Stärkung der EU-Aufsichtsarchitektur ist von entscheidender Bedeutung, um die Kapitalmarktunion voranzutreiben. Daher sollte die Bundesregierung in Brüssel darauf dringen, einzelne Elemente aus dem im letzten Jahr abgelaufenen Überprüfung der EU-Aufsichtsbehörden (ESA Review) erneut auf die Agenda zu nehmen.
- Europa braucht eine effektive EU-Marktaufsichtsbehörde, deren Kompetenzen sich an den US-Marktaufsehern SEC und CFTC orientieren.
- Die ESAs brauchen ausreichend Zeit und Ressourcen, um hochwertige technische Standards für das einheitliche Regelwerk zu entwickeln.
- Die ESAs sollten zudem eine erweiterte Aufsichtsverantwortung der ESAs in einigen Bereichen erhalten. Sie sollten befugt sein, bestehende regulatorische technische Standards (RTS) anzupassen, ohne dass Änderungen im Primärrecht (Level-1) erforderlich sind. Dies würde die Effizienz bei der Regelsetzung unterstützen.
- Zusätzliche Bereiche des Finanzmarkts sollten unter die verstärkte Aufsicht der EU fallen. Dies könnte die Überwachung zentraler Gegenparteien (CCPs) oder zentraler Wertpapierdepots (CSDs) umfassen, da zwischen diesen Finanzmarktinfrastrukturen umfangreiche grenzüberschreitende Verbindungen bestehen.

Zahlungsdienste besser beaufsichtigen

- Die EU-Vorschriften für Zahlungsdienstleistungen berücksichtigen derzeit Banken, Zahlungsdienstleister und Drittanbieter gleichermaßen.
- Sie enthalten aber eine Reihe von Ausnahmen für technische Dienstleister. Das mit diesen Ausnahmen verbundene Risiko sollte im Zusammenhang mit der Tätigkeit der einzelnen technischen Dienstleister entlang der Wertschöpfungskette einer Zahlung überprüft werden.
- Wir haben auch divergente internationale Standards und Vorschriften – weitere Schritte für die internationale Zusammenarbeit im Zahlungsverkehr sind nötig, v.a. Harmonisierung der Vorschriften und geteilte Aufsichtsverantwortung (z. B. die G20-Initiative für grenzüberschreitende Zahlungen).