

SdK e.V. - Hackenstraße 7b - 80331 München

An den
Deutschen Bundestag
Finanzausschuss
Frau Vorsitzende Katja Hessel, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Nur per E-Mail: finanzausschuss@bundestag.de

Berlin, den 13.03.2021

Öffentliche Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages am 15.3.2021

Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/2034 über die Beaufsichtigung von Wertpapierinstituten“

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Hessel,

wir sind eingeladen worden, anlässlich der Öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages am 15. März 2021 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/2034 über die Beaufsichtigung von Wertpapierinstituten“ (BT-Drucksache 19/26929) (nachfolgend „Gesetzentwurf“ oder „GesE“) Stellung zu nehmen. Dafür bedanken wir uns herzlich.

1. Über die Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger (SdK)

Die Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (nachfolgend „SdK“) ist eine Anlegerschutzorganisation mit ca. 8.000 Mitgliedern und nimmt jährlich für rund 190.000 Kapitalanleger die spezifischen Interessen über die gesamte Bandbreite der Finanzmarktprodukte und Kapitalanlagen mit den unterschiedlichsten Instrumenten von der Anlegerbildung über die Produktbeurteilung und die Erteilung kapitalmarktbezogener Informationen bis hin zur auch anlassbezogenen Interessenvertretungen in unterschiedlichen Formen (HV-Besuche, Mitgliedschaft in Gremien, Funktionsübernahmen, Spruchstellenverfahren, Anhörungen zu Gesetzesvorhaben etc.) wahr.

SdK-Geschäftsführung
Hackenstr. 7b
80331 München
Tel.: (089) 20 20 846 0
Fax: (089) 20 20 846 10
E-Mail: info@sdk.org

Vorsitzender
Daniel Bauer
Dipl.-Volkswirt

Publikationsorgane
AnlegerPlus
AnlegerPlus News

Internet
www.sdk.org
www.anlegerplus.de

Konto
Commerzbank
Wuppertal
Nr. 80 75 145
BLZ 330 403 10
IBAN:
DE38330403100807514500
BIC:
COBADEFFXXX

Vereinsregister
München
Nr. 202533

Steuernummer
143/221/40542

USt-ID-Nr.
DE174000297

Gläubiger-ID-Nr.
DE83ZZZ00000026217

2. Inhalt und Zweck des Gesetzentwurfes

Der vorgelegte Gesetzesentwurf dient v.a. der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/2034 über die Beaufsichtigung von Wertpapierfirmen (nachfolgend „IFD“) und berücksichtigt die neue Verordnung (EU) 2019/2033 über die Aufsichtsanforderungen an Wertpapierfirmen (nachfolgend „IFR“). Der Entwurf verfolgt das Ziel, risikoadäquate und passgenaue aufsichtsrechtliche Anforderungen an Wertpapierinstitute zu schaffen, die vom Geschäftsmodell und dem Umfang der betriebenen Aktivitäten der einzelnen Wertpapierinstitute abhängen.

Wir begrüßen dieses Ziel und sind zusammengefasst der Auffassung, dass der Gesetzentwurf dieses Ziel voranbringt.

Der Entwurf sieht eine Beaufsichtigung von Wertpapierfirmen durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (nachfolgend „BaFin“) vor, die der Gefahr einer übermäßigen Übernahme von Risiken durch Wertpapierinstitute und ihrer Kunden vorbeugen soll. Dabei sind die Regelungen des Entwurfes so angelegt, dass die Intensität der Beaufsichtigung durch die BaFin proportional zur Größe der Wertpapierinstitute ausgestaltet ist.

Wir begrüßen diesen risikoadäquaten und in der Intensität abgestuften Aufsichtsansatz des Gesetzentwurfes.

Dafür sieht der Gesetzesentwurf vor, die Aufsicht über Wertpapierinstitute vollständig aus dem Kreditwesengesetz (nachfolgend „KWG“) herauszulösen. Hierdurch soll insbesondere für ca. 750 Kleine und Mittlere Wertpapierinstitute, die geringere Anforderungen als Kreditinstitute oder Große Wertpapierinstitute einhalten müssen, eine einfache, verständliche und übersichtliche Gesetzessystematik geschaffen werden.

Auch dieses Ziel begrüßen wir. Allerdings möchten wir kritisch anmerken, dass die konkreten gesetzlichen Regelungen zur Aufgabenverteilung zwischen BaFin und Bundesbank (z.B. § 9 GesE), die Gefahr von Kompetenzstreitigkeiten und Kompetenzwahrnehmungslücken bergen.

3. Kompetenzabgrenzung BaFin - Bundesbank

§ 9 Abs. 1 GesE regelt die Aufgabenverteilung zwischen der BaFin und der Deutschen Bundesbank bei der Beaufsichtigung von Wertpapierinstituten. § 9 Abs.

2 GesE normiert das Arbeitsverhältnis zwischen der BaFin und der Deutschen Bundesbank bei der Beaufsichtigung von Wertpapierinstituten und entspricht § 7 Absatz 2a KWG. § 9 Abs. 3 GesE normiert, dass die BaFin und die Deutsche Bundesbank die für die Beaufsichtigung von Wertpapierinstituten relevanten Informationen austauschen. § 9 Abs. 4 GesE wiederum ist § 7 Abs. 4 KWG nachgebildet.

Beispielhaft sei folgendes ausgeführt. In § 9 Abs. 1 GesE heißt es u.a. „Die Bundesanstalt und die Deutsche Bundesbank arbeiten nach Maßgabe dieses Gesetzes zusammen. Unbeschadet weiterer gesetzlicher Maßgaben umfasst die Zusammenarbeit die laufende Überwachung der Wertpapierinstitute durch die Deutsche Bundesbank. [...] Die laufende Überwachung durch die Deutsche Bundesbank erfolgt in der Regel durch ihre Hauptverwaltungen.“

Sodann regelt § 9 Abs. 2 GesE: „Die Deutsche Bundesbank hat die Richtlinien der Bundesanstalt zu beachten. Die Richtlinien der Bundesanstalt zur laufenden Aufsicht ergehen im Einvernehmen mit der Deutschen Bundesbank.“

Es ist also festzuhalten, dass die Überwachung durch die Deutsche Bundesbank erfolgen soll, die dazugehörigen Richtlinien aber von der BaFin erlassen werden sollen. Dies birgt Abstimmungsprobleme, Kompetenzlücken und Aufsichtsdefizite.

Der Wirecard-Skandal hat gezeigt, dass (z.B. bei Erlass des Leerverkaufsverbots durch die BaFin), die Abstimmungen zwischen BaFin und Bundesbank lückenhaft waren und relevante Abstimmungsgespräche und Abstimmungsergebnisse nur teilweise dokumentiert wurden, also nicht veraktet wurden. Angesichts der Erheblichkeit des seinerzeitigen Vorgangs (erstmaliger Erlass eines Leerverkaufsverbots über Wertpapiere einer einzelnen Emittentin) steht zu besorgen, dass diese Abstimmungsprobleme und Dokumentationsdefizite zukünftig ebenfalls auftreten werden und die Beaufsichtigung von Wertpapierinstituten betreffen.

Der Gesetzentwurf sieht dazu keinerlei Verbesserungen vor. Wünschenswert wäre es gewesen, Schlüsse aus den Erkenntnissen des Wirecard-Skandals zu ziehen und in § 9 GesE die Abgrenzung von Aufgaben und Kompetenzen zwischen BaFin und Bundesbank noch klarer zu regeln, anstatt einen Dualismus zwischen Bundesbank und BaFin festzuschreiben sowie Regelungen des KWG aufzugreifen.

Wünschenswert wäre auch gewesen, dass der Gesetzentwurf klare Regelungen zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesbank und BaFin enthält für

Mischkonzerne mit einem Wertpapierinstitut als Tochter. Auch hier hat der Wirecard-Skandal Aufsichtsdefizite und Abstimmungsprobleme zwischen Bundesbank und BaFin offengelegt. Für uns ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzentwurf hier ausreichende Lehren zieht, wiewohl der Fall Grenke AG zeigt, dass die BaFin hier eine positive Änderung ihres Kulturverständnisses versucht.

4. Begriff „Systemrelevanz“

Für Große, vom Gesetzentwurf „systemrelevant“ genannte Wertpapierinstitute bleibt gemäß der Vorgabe der IFD das CRD/CRR-Aufsichtsregime mit der bisherigen Zuständigkeit bei der Bundesbank. Im Einzelfall kann die BaFin für andere systemrelevante Wertpapierinstitute ebenfalls die Geltung des CRD/CRR-Aufsichtsregimes anordnen.

Die Begründung zum GesE führt aus: Sogenannte Große Wertpapierinstitute, auf die weitgehend die Regelungen der CRD und der CRR zur Anwendung kommen, sind aufgrund ihrer Größe, ihrer Verflochtenheit mit anderen Marktteilnehmern und ihres Risikomodells als bedeutende Akteure für die Stabilität des Finanzmarkts zu betrachten. Ihre Geschäftsmodelle und Risikoprofile sind mit denen bedeutender Kreditinstitute vergleichbar. Darüber hinaus können Große Wertpapierinstitute angesichts ihrer Größe, ihrer Geschäftsmodelle und ihrer Risikoprofile eine Gefahr für das stabile und ordnungsgemäße Funktionieren der Finanzmärkte darstellen. So unterliegen Große Wertpapierinstitute nach Maßgabe der IFR den Vorschriften der CRR. Dieser Ansatz ist grundsätzlich zu begrüßen.

Allerdings wird von der Bundesregierung das Kriterium der Systemrelevanz vom Gesetzentwurf ausdrücklich als Begründung für die unterschiedliche Aufsichtsdichte bei Wertpapierfirmen angeführt. Die Verstärkung des Begriffes „Systemrelevanz“ als Regulierungs- und Systembegründung sehen wir kritisch. So wird der Begriff vom wirtschaftlichen Befund zur rechtlichen Kategorie.

Wir warnen vor der Gefahr unerwünschter Effekte bei Marktteilnehmern, wenn ein bestimmtes Wertpapierinstitut als systemrelevant eingestuft wird. Die Marktdisziplin wird vermindert und exzessive Risikobereitschaft wird gefördert. Es wird ein künstlicher Wachstumsanreiz geschaffen, um als *too big to fail* klassifiziert zu werden. Gleiches gilt für einen künstlichen Vernetzungsanreiz, um als *too interconnected to fail* zu gelten (vgl. Bear Stearns-Skandal). Kleinunternehmen geraten ins wirtschaftliche Abseits, weil sie größenbedingt nicht mit einer Rettungsaktion rechnen können.

Dieses falsche Anreizsystem wird durch den GesE leider verstärkt.

5. Keine Neuaufstellung der BaFin

Kritisch ist zu sehen, dass der Gesetzentwurf keine Anstrengungen für eine Neuaufstellung der BaFin unternimmt. Die BaFin wird auch nach Umsetzung geplanter anderer Gesetzesreformen (FISG) nicht ausreichend aufgestellt bzgl. Kultur, Personal und Mitteln. Es fehlt weiterhin an einer Aufsichtskultur mit Biss. Der Entwurf wäre eine Gelegenheit gewesen, hier voranzukommen.

Zusammengefasst lautet unsere Kritik an der BaFin, die in manchen Bereichen inzwischen auf die Deutsche Bundesbank übertragbar ist:

Es ist erforderlich, dass die BaFin ausreichend eigenes und vor allem auch qualitativ geeignetes Personal bereitstellt. Die Bezahlung der Mitarbeiter ist dem Marktniveau anzupassen. Eine Behörde, die um die besten Köpfe aus dem Finanzwesen und der Informationstechnologie kämpft, muss auch die entsprechende Bezahlung ermöglichen. Es kann nicht sein, dass man in Zukunft eventuell auf fachkundige Dritte, namentlich die Big-4 der Wirtschaftsprüfung, angewiesen ist. Der system- und europarechtswidrige Haftungsausschluss der BaFin gegenüber Dritten in § 4 Abs. 4 FinDAG muss abgeschafft werden. Die BaFin und die Deutsche Bundesbank müssen ihre Aufgaben nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch drittschützend, im subjektiven Interesse der Kapitalmarktteilnehmer wahrnehmen. Es mangelt an Transparenz. BaFin und Bundesbank müssen künftig umgehend via DGAP-Meldung darüber informieren, wenn eine Prüfung eingeleitet wird sowie welche Aspekte Gegenstand der Prüfung sind. § 84 GesE, der nur eine öffentliche Bekanntmachung von Verwaltungssanktionen und -maßnahmen vorsieht, ist unzureichend. Auch über Verfahrensschritte ist umfassend und unverzüglich zu informieren.

6. Generalklausel

Ungeachtet des Gesetzentwurfes ist zudem weiterhin unklar, wie weit unter widerstreitenden Verfassungsrechten eine effektive Aufsicht in Grundrechte eingreifen dürfen sollte.

§ 5 Abs. 1 Satz 1 GesE definiert den legislativen Rahmen, den die Bundesanstalt bei der Beaufsichtigung der Wertpapierinstitute als Maßstab zugrunde legt. Satz 2 normiert, dass die Bundesanstalt die zuständige Behörde im Sinne des WpIG ist. Er setzt Artikel 4 Absatz 1 Satz 1 IFD um. Satz 3 normiert, dass die Bundesanstalt

Misständen im Wertpapierwesen entgegenzuwirken hat. Die Regelung entspricht § 6 Absatz 2 KWG.

§ 5 Abs. 2 GesE normiert die Befugnis der Bundesanstalt zur Beaufsichtigung der Wertpapierinstitute und die Befugnis, mögliche Verstöße zu untersuchen und deren Einstellung zu fordern. Damit setzt Absatz 2 Artikel 4 Absatz 2 und Absatz 3 IFD um. Die Norm ist § 6 Absatz 3 KWG nachgebildet.

§ 5 Abs. 3 GesE setzt Artikel 18 Absatz 2 Buchstaben a bis c der IFD um und befugt die Bundesanstalt, Verstöße gegen dieses Gesetz zu ahnden.

§ 5 Abs. 4 Satz 1 GesE setzt Artikel 4 Absatz 5 Satz 1 und Artikel 19 Buchstabe b IFD und normiert ein Auskunftsrecht der Bundesanstalt gegenüber Wertpapierinstituten. Satz 2 setzt Artikel 19 Buchstabe b IFD um und normiert eine Überprüfungsbefugnis der Bundesanstalt gegenüber Wertpapierinstituten. Satz 3 setzt Artikel 4 Absatz 3 IFD um und normiert eine Betretungsbefugnis von Mitarbeitern der Bundesanstalt in Wertpapierinstituten. Satz 4 normiert eine Duldungsanordnung, die zu Satz 3 korrespondiert und Artikel 4 Absatz 3 umsetzt. Die Norm ist § 44 Absatz 1 Satz 1 bis 4 KWG nachgebildet. Satz 5 weitet die Geltung der Sätze 1 bis 4 auf ein nicht in die Zusammenfassung einbezogenes Tochterunternehmen, ein gemischtes Unternehmen und dessen Tochterunternehmen aus.

§ 5 Abs. 5 GesE setzt Artikel 19 Buchstabe a IFD um. Die Norm ist § 44b Absatz 1 Satz 1 und 2 KWG nachgebildet.

§ 5 Abs. 6 GesE ist § 44b Absatz 3 KWG nachgebildet und regelt das Auskunftsverweigerungsrecht für die Auskunftspflichtigen, wenn sich letztere oder deren Angehörige durch die Beantwortung von Auskunftersuchen oder Fragen der Gefahr strafrechtlicher oder ordnungswidrigkeitenrechtlicher Verfolgung aussetzen würden.

§ 5 Abs. 7 GesE ist § 44 Absatz 4 KWG nachgebildet und gibt der Bundesanstalt im Bedarfsfall Teilnahme- und Rederecht in Haupt-, General- oder Gesellschafterversammlungen von Wertpapierinstituten sowie in Sitzungen der betreffenden Verwaltungs- oder Aufsichtsorgane oder deren Ausschüsse. Somit hat die Bundesanstalt in Einzelfällen die Möglichkeit, sich unmittelbar zu informieren, ihrerseits Entscheidungsträger unmittelbar zu informieren und auf Entscheidungen einzuwirken.

§ 6 GesE regelt die sofortige Vollziehbarkeit der aufgrund des Gesetzes erlassenen Maßnahmen, die regelmäßig schnell wirksam werden müssen, um die Beeinträchtigung der Interessen der Kunden eines Wertpapierinstitut zu verhindern und ggf. Vermögensschäden zu minimieren.

Die im Gesetzentwurf gewählte Lösung über generalklauselartige Blankettermächtigungen (§ 5, § 6 GesE) ist nach unserem Dafürhalten nicht optimal. Anstatt einer weiten Ermächtigung durch Blankettvorschriften, wäre die Stärkung der Aufsicht, insbesondere der BaFin und der Bundesbank durch eine veränderte Kultur und stärkere Ressourcenausstattung sinnvoll gewesen.

Der vorgelegte Gesetzentwurf darf nicht mehr weiter bzw. offener gefasst werden. So darf z.B. die Durchsuchung von Geschäftsräumen (§ 5 Abs. 4 S. 3 GesE) aus unserer Sicht zwar wie im Gesetzentwurf vorgesehen von Bediensteten der BaFin bzw. der Bundesbank vorgenommen werden. Keinesfalls dürfen diese Rechte aber an Dritte, von der BaFin beauftragte Personen, übertragen werden.

7. Hinweisgebersystem

Art. § 13 regelt interne Hinweisverfahren (*whistleblowing*) und setzt Artikel 22 Absatz 2 sowie Artikel 4 Absatz 5 Satz 2 IFD um.

Es heißt in § 13 GesE: „Wertpapierinstitute sind verpflichtet, einen Prozess einzurichten, der es den Mitarbeitern unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität ermöglicht, über Verstöße gegen dieses Gesetz oder gegen die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen oder gegen das Wertpapierhandelsgesetz oder gegen die auf Grund des Wertpapierhandelsgesetzes erlassenen Rechtsverordnungen sowie etwaige strafbare Handlungen innerhalb des Unternehmens an geeignete Stellen zu berichten.“

Kritisch ist zu sehen, dass der Gesetzesentwurf eine Möglichkeit verstreichen lässt, ein effizientes Whistleblowing-System zu installieren. Hierbei wären weitere Parameter zu berücksichtigen gewesen, um die Justizgrundrechte nicht zu gefährden, eine wirksame Kontrolle zu ermöglichen, und ein Anreiz-/Allokationssystem zu schaffen, dass wichtige Informationen und Hinweise zu generieren, allerdings zugleich Anschwärmung zu verhindern versteht. Keinesfalls darf dieses System wie bei Wirecard dazu führen, dass Hinweisen bestimmter Anlegergruppen, namentlich sog. Shortsellern, pauschal nicht nachgegangen wird. Dazu enthält der Entwurf keinerlei Regelungen bzw. Verbesserungen.

8. Digitalisierung

Ausweislich der Begründung zu § 14 Abs. 2 GesE ist nur „perspektivisch [...] die weitgehende Digitalisierung der Verwaltungsverfahren der Bundesanstalt geplant. Bis zum Inkrafttreten des WpIG sind rein digitale Verfahren für die rechtssichere Kommunikation nach dem WpIG wegen Umstellungsaufwands bei Bundesanstalt und Wertpapierinstituten nicht darstellbar.“

Diesen technischen Rückstand gilt es dringend aufzuholen und es ist bedauerlich, dass der Gesetzentwurf hierfür keinerlei Maßnahmen vorsieht.

9. Anzeigepflicht bei „Absicht“ einer Auslagerung, Übergangsfrist

Die in § 64 Abs. 1 Nr. 13 GesE vorgesehene Anzeigepflicht bei der „Absicht“ einer Auslagerung erachten wir für sinnvoll. Wir meinen, dass es im Sinne einer zügigen Wirksamkeit des GesE keiner nennenswerten Übergangsfrist bedarf.

Wir bedanken uns erneut für die Möglichkeit, in der Öffentlichen Anhörung am 15.03.2021 Stellung nehmen zu dürfen und stehen gerne für Rückfragen sowie ein persönliches Gespräch jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwalt Dr. Marc Liebscher, LL.M.

Leiter Hauptstadt-Büro Berlin
SdK Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V.