

Stellungnahme

Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz - FISG

Unsere Zeichen

AZ DK: BaFin

AZ DSGVO: 6010

Kontakt: Jessica Glaser, Christina Wehmeier, Christina Pfaff

Telefon: +49 30 20225- 5332 / 5336 / 5427

Telefax: +49 30 20225- 5325

E-Mail: jessica.glaser@dsgv.de, christina.wehmeier@dsgv.de,
christina.pfaff@dsgv.de

Berlin, 10.03.2021

Federführer:

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.
Charlottenstraße 47 | 10117 Berlin

Telefon: +49 30 20225-0

Telefax: +49 30 20225-250

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Übergreifende Anmerkungen der Deutschen Kreditwirtschaft zum FISG

Zielsetzung des FISG war es, den im Fall Wirecard zutage getretenen Verbesserungsbedarf im Bereich der Finanzaufsicht in Deutschland zu identifizieren und durch entsprechende Reformen das verlorene Vertrauen der Finanzmärkte wiederzugewinnen.

Gemessen an diesem Vorhaben sind die im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – FISG) nun vorgesehenen Änderungen im Bereich der **Bilanzkontrolle** sowie der **Haftung der Abschlussprüfer** grundsätzlich sachgerecht. Die Änderungen im Bereich der **Geldwäscheprävention** sind ebenfalls angemessen. Wünschenswert wäre hier jedoch noch eine weitere Kompetenzzuweisung an die BaFin, bei unklaren Zuständigkeiten die Aufsichtskompetenz an sich ziehen zu können.

Vor dem Hintergrund der politischen Diskussion möchten wir weiterhin die Beibehaltung des **zweistufigen Verfahrens der Bilanzprüfung** unterstützen. Der Vorschlag der Regierung zur Haftungserweiterung der Abschlussprüfer ist ausgewogen. Eine deutliche Ausweitung würde gegebenenfalls kleinere Wirtschaftsprüfungsgesellschaften vom Markt verdrängen.

Anpassungsbedarf sehen wir jedoch noch bei den Regelungen zu Auslagerungen, den Vorschlägen zum Anleger- und Verbraucherschutz, sowie bei den Organkrediten und der zum Jahreswechsel eingeführten Mindeststückelung für Kapitalinstrumente. Diese stehen sämtlich in keinem Zusammenhang mit dem Fall Wirecard oder verlorenem Vertrauen der Finanzmärkte und sollten deshalb unter einem anderen Blickwinkel betrachtet werden.

Die **Änderungen insbesondere im KWG, ZAG, WpHG und KAGB hinsichtlich der Auslagerung von Tätigkeiten und Prozessen an externe Dienstleister**, erachten wir trotz der erfolgten Anpassungen im Vergleich zum Referentenentwurf als immer noch zu umfassend. Außerdem werfen die vorgesehenen Änderungen diverse Fragen und rechtliche Zweifel auf. Es besteht die Gefahr einer Doppelregulierung, hinzu kommen rechtliche Unsicherheiten.

In jedem Fall sollten den Instituten, auch angesichts der coronabedingten Mehrbelastungen sowie des durch das FISG bereits absehbaren Anpassungsbedarfs bei Prozessen und ggf. auch Verträgen, **angemessene Umsetzungsfristen** bei der Einführung der neuen Auslagerungsregelungen gewährt werden. Die besondere Eilbedürftigkeit, die sich aus dem Wirecard-Skandal ergibt, lässt sich für diese Thematik nicht herleiten. **Zu den Einzelanmerkungen im Bereich Auslagerungen siehe I.**

Nicht durch den Fall Wirecard gerechtfertigt sind auch die erst kürzlich ergänzten Vorschläge im Bereich des Anleger- und Verbraucherschutzes. Die nun vorgeschlagenen verdeckten Testkäufe sind nicht erforderlich, da die BaFin über eine Vielzahl effektiver und weniger einschneidender Instrumente verfügt, um sich Informationen zu vermeintlichen Missständen zu beschaffen. Darüber hinaus begegnet das Verfahren der verdeckten Testkäufe auch rechtsstaatlichen Bedenken. **Zu den Einzelanmerkungen siehe II.**

Neben den vorgenannten Themen möchten wir eine weitere Änderung im KWG anregen, die sich im Rahmen der Umsetzung der neuen Anforderungen zu **§ 15 KWG (Organkredite)** – eingeführt durch das Risikoreduzierungs-gesetz (RiG) – ergeben hat. Die Neufassung von § 15 KWG führt in der Praxis zu einem ausufernden Bürokratieaufwand, dem kein aufsichtsrechtlicher Nutzen gegenübersteht. Hier gilt es nach-zujustieren (**siehe III**). Ferner möchten wir auch noch einmal unsere Kritik an der ebenfalls durch das RiG eingeführten Regelung in § 65b WpHG wiederholen (**siehe nachstehend unter IV**).

Abschließend weisen wir darauf hin, dass das FISG gemeinsam mit den übrigen Umstrukturierungen der BaFin beurteilt werden muss. Viele der geplanten Anpassungen gehen in die richtige Richtung. Allerdings übernimmt die BaFin künftig noch weitergehende Aufgaben wie z.B. die Unterstützung der Staatsanwaltschaften in ihrer forensischen Tätigkeit. Vor diesem Hintergrund wäre es folgerichtig, den Bund auch wieder an der Finanzierung der BaFin zu beteiligen. Dies könnte durch einen zumindest symbolischen Anteil erfolgen, der als Symbol für die Bedeutung der Finanzmarktaufsicht verstanden werden kann und zugleich disziplinierend wirkt.

Detailanmerkungen

I. Auslagerungsthematik

§ 1 Abs. 10 KWG-E – Begriff des Auslagerungsunternehmens

Nach der vorgesehenen Neuregelung sollen nun auch die wesentlichen Weiterverlagerungen unter den Auslagerungsbegriff fallen. Das Abstellen auf die Wesentlichkeitseinschätzung wirft die Frage auf, wie dies praxisgerecht umgesetzt werden kann. Ob eine Aktivität oder ein Prozess „wesentlich“ ist, muss immer durch das jeweilige Institut individuell eingeschätzt werden. Insofern wird es in der Aufsichts- und Prüfungspraxis zu unterschiedlichen Einschätzungen bzw. Auslegungen bei bestimmten Dienstleistungen bzw. Auslagerungsunternehmen kommen. Auch vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollte nochmals kritisch überprüft werden, ob es dieser gesetzlichen Ausweitung der aufsichtlichen Befugnisse auf Subauslagerungsunternehmen in dieser Form wirklich bedarf.

Die pauschale Einbeziehung von „wesentlichen“ Subunternehmern/Weiterverlagerungen in den Begriff des „Auslagerungsunternehmens“ würde dazu führen, dass die BaFin diverse neue Prüfungs- bzw. Ein-/Durchgriffsrechte unmittelbar auch gegenüber Subunternehmern / Weiterverlagerungsunternehmen erhält. Diese in der Praxis – durch Vereinbarung entsprechender vertraglicher Zusicherungen – durchzusetzen, dürfte sich für die Institute als schwierig bis (teilweise) unmöglich erweisen. Gerade bei Subunternehmern/Weiterverlagerungsunternehmen handelt es sich oftmals um Unternehmen außerhalb des Banken-/Finanzsektors, manche davon mit Sitz im Ausland, bei denen die entsprechende (vertragliche) Durchsetzung dieser Anforderung(en) erfahrungsgemäß nicht möglich ist. Die bereits in den geltenden MaRisk enthaltenen Vorgaben zu Weiterverlagerungen, die letztendlich das Institut dafür verantwortlich machen, dass Weiterverlagerungen gemäß den aufsichtsrechtlichen Vorgaben einschließlich der Zutritts- und Prüfungsrechte der Behörden gestaltet werden, sind nach Ansicht der Deutschen Kreditwirtschaft ausreichend (insbesondere AT 9, Tz. 7g, 8 und 11).

§ 24 KWG-E - Anzeigepflichten

Die Neuregelungen im FISG zu den geplanten Einzel-Anzeigepflichten wurden im Vergleich zum Referentenentwurf dankenswerterweise gestrafft; so sind unwesentliche Auslagerungen nicht mehr anzeigepflichtig. Im Regierungsentwurf zum FISG derzeit verblieben sind i. W. die Anzeigepflicht der Absicht und des Vollzugs einer wesentlichen Auslagerung. Die **Anzeige der Absicht** einer Auslagerung ist u. E. jedoch entbehrlich und **sollte gestrichen werden**. Dadurch würde sich erneut der Raum für unnötige Auslegungsfragen eröffnen, beispielsweise zu welchem Zeitpunkt überhaupt eine Absicht vorliegt. Für eine –

potentiell sanktionsbewehrte – Anzeigepflicht ist dieser „Tatbestand“ letztlich zu unbestimmt. Ferner dürfte der Zeitraum zwischen Absicht und tatsächlichem Vollzug regelmäßig überschaubar sein, so dass Absichts-Anzeigen entbehrlich erscheinen. Falls die Anzeigepflicht zur „Absicht“ dennoch beibehalten wird, müssten konkrete Kriterien vorgegeben werden, wann diese im Sinne der Norm als gegeben gilt.

Aus unserer Sicht sind **Einzel-Anzeigepflichten** in Bezug auf Auslagerungen **insgesamt entbehrlich** – auch vor dem Hintergrund, dass die Einzelanzeigepflicht von Auslagerungen schon bei der Integration der Auslagerungsregelungen in die erste MaRisk-Novelle von Seiten der Aufsicht bewusst abgeschafft wurde, da die Aufsicht die Flut an Anzeigen nicht bewältigen konnte. Alternativ könnte es ausreichen, wenn die Institute jährlich einen Auszug aus ihrem „**Auslagerungsregister**“ (§ 25b Abs. 1 KWG) mit allen bestehenden Auslagerungen bei der Aufsicht einreichen.

§ 25b KWG-E -Ergänzung der Optionen für ein zentrales Auslagerungsmanagement auf Gruppen-/ Verbundebene

Entsprechend der in Konsultation befindlichen 6. MaRisk-Novelle sprechen wir uns für eine Klarstellung in § 25b KWG-E im Hinblick auf die gemäß AT 9 Tz. 15 MaRisk sowie Tz. 23 der EBA-Leitlinien zum Outsourcing (EBA/GL/2019/02) vorgesehenen Optionen für ein zentrales Auslagerungsmanagement auf Gruppen- oder Verbundebene aus.

Einbeziehung des § 25b in die Waiver-Regelung (§ 2a Abs. 2)

Aus unserer Sicht fehlt es ebenso 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 zum angemessenen Risikomanagement gemäß § 25b KWG ausgedehnt werden.

Verzicht auf eine nationale Sonderregelung zum inländischen Zustellungsbevollmächtigten bei Auslagerungen in Drittstaaten (§ 25b Abs. 3 KWG-E)

Die geplante nationale Sonderregelung zur **Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten** sollte **gestrichen werden**. Mit diesem Erfordernis würde zusätzliche Bürokratie aufgebaut und es entstünden erhebliche Zusatzkosten, die unverhältnismäßig wären und die **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. Die Anforderung dürfte zwar für die meisten internationalen „BigTechs“ umsetzbar sein – jedoch wird es schwierig sich gegen deren Marktmacht durchzusetzen, sollten diese keinen inländischen Zustellungsbevollmächtigten vorhalten. Das gleiche gilt für Fälle, bei denen die „BigTechs“ wiederum wesentliche Subdienstleister zur Benennung verpflichten müssten. Ebenso ist die Anforderung für viele kleinere hochspezialisierte Dienstleister auf Grund des deutlichen Mehraufwands kaum darstellbar. Zusammen mit der Möglichkeit direkter aufsichtlicher Anordnungen sehen wir eine sehr realistische Gefahr, dass solche Anbieter von Vertragsverhältnissen mit deutschen Instituten künftig absehen. Dies hätte eine eingeschränkte Nutzung von Innovationen sowie verminderte Möglichkeiten zu Kosteneinsparungen und damit Wettbewerbsnachteile zur Folge. Wenn überhaupt, sollte eine EU-weit einheitliche Vorgabe eingeführt werden.

§ 25b Abs. 4a KWG-E u. a. - Aufsichtszuständigkeiten

Es ist fraglich, wie die Regelungen u. a. des KWG-E im Zusammenhang mit dem Verordnungsentwurf „Digital operational resilience for the financial sector (DORA)“ der EU-Kommission vom 24. September 2020 im Zusammenhang stehen. Dort ist für „kritische IT-Dienstleister“ eine Ansiedlung der Aufsichtszuständigkeit bei den ESAs geplant. Die geplanten Änderungen im KWG und den anderen Gesetzen erscheinen damit nicht kompatibel. Auch berücksichtigt der Gesetzentwurf zum Teil nicht die unterschiedlichen Zuständigkeiten in der Aufsicht über LSIs und SIs. Aufsichtliche Rechte und Befugnisse ggü. Auslagerungsunternehmen sollten, soweit diese erforderlich und sinnvoll sind, in einem europäisch abgestimmten Rahmen ausgestaltet und zugeordnet werden.

II. Testkäufe - Erweiterung von § 4 Abs. 1a Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG)

Wir sprechen uns gegen die vorgeschlagene Erweiterung von § 4 Abs. 1a Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG) aus. Unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Rechtslage stehen der BaFin für die von ihr beaufsichtigten Institute im Sinne von § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG bereits umfangreiche, effektive und weniger einschneidende Möglichkeiten für die Informationsgewinnung und Kontrollmechanismen für die Bewertung des Verbraucherschutzniveaus in der Praxis zur Verfügung. Das betrifft sowohl die anlassbezogene wie auch die proaktive Wahrnehmung der Aufgaben der BaFin

Der BaFin stehen eine Vielzahl von Erkenntnisquellen zur Verfügung, um verbraucherschutzrechtliche Missstände zu erkennen, ihnen vorzubeugen und sie zu beseitigen. Die BaFin erhält zum einen direkt Eingaben von Verbraucherinnen und Verbrauchern. Sie hat weiterhin Erkenntnisse durch ihre Funktion als Schlichtungsstelle. Zudem hat die BaFin anlasslos die Möglichkeit, Einsicht in das Beschwerdeaufkommen eines jeden Instituts zu nehmen. Ferner kann die BaFin umfangreiche Marktstudien der Verbraucherzentralen, des „Finanzmarktwächters“ oder der Stiftung Warentest heranziehen.

Unabhängig von konkreten Anhaltspunkten werden die Institute zudem jährlich geprüft. Hierbei wird bewertet, ob die Institute die rechtlichen Vorgaben einhalten. Wesentliche Teile der Prüfung werden dabei „vor Ort“ in den Instituten durchgeführt.

Für die Institute bestehen zudem umfangreiche Aufzeichnungspflichten, so dass der konkrete Ablauf und Inhalt der Kommunikation zwischen dem Kunden und dem Institut jeweils nachvollzogen werden kann. Dies gilt auch für die BaFin. Sie hat jederzeit die Möglichkeit – von der sie auch Gebrauch macht – sich die relevanten Prozesse vor Ort in den Instituten vorstellen zu lassen, um sich auf diese Weise ein Bild vom Verbraucherschutzniveau zu machen. Es bedarf also nicht auch noch der Möglichkeit der BaFin für verdeckte bzw. anonymisierte Testkäufe.

Zudem begegnet es rechtsstaatlichen Bedenken, wenn auf Basis eines intransparenten Verfahrens für die betroffenen Branchen ein Missstand festgestellt werden soll. Für die betroffenen Branchen wäre aufgrund der geplanten Anonymisierung nicht nachvollziehbar, ob die Feststellung eines Missstandes zu Recht erfolgt. Staatliches bzw. behördliches Handeln muss aber ausreichend transparent sein, damit die Adressaten sich gegen aus ihrer Sicht unzutreffende Vorwürfe auch „zu Wehr setzen“ können.

Schließlich fehlt es an einem Zusammenhang zwischen der vorgeschlagenen Erweiterung der Befugnisse der BaFin und dem Fall Wirecard. Lehren aus dem Fall Wirecard würden es erfordern, den Fokus mit Blick auf neue Regelungen auf Anbieter zu legen, die bisher – anders als die Normadressaten des § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG – nicht bzw. weniger streng reguliert sind und nicht der Aufsicht der BaFin unterliegen. Dies gilt insbesondere für die bisher nicht regulierten Unternehmen (sog. grauer Markt), aber auch für Unternehmen, für die nur zum Teil vergleichbaren Anforderungen wie für Kreditinstitute gelten und die nach wie vor nicht von der BaFin beaufsichtigt werden (Finanzanlagevermittler).

III. Organkredite - § 15 KWG

Mit dem zum Jahresende 2020 in Kraft getretenen Risikoreduzierungs-gesetz (RiG) sind u. a. Änderungen im Bereich der **Organkredite** (§ 15 KWG) erfolgt, die **ohne Umsetzungsfrist** für die Institute zum 29. Dezember 2020 Anwendung gefunden haben.

Die Neuregelung von § 15 KWG führt sowohl zu einer **deutlichen Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs** (§ 15 Abs. 1 Nr. 5 KWG - Erweiterung auf volljährige Kinder und Eltern) als auch des **sachlichen Anwendungsbereichs** (§ 15 Abs. 6 KWG - Ausweitung auf „sonstige Geschäfte“).

Insbesondere die Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs in § 15 Abs. 6 KWG auf alle „sonstigen Geschäfte“ führt in der Praxis zu einem hohen bürokratischen Aufwand, dem kein bankaufsichtsrechtlicher Nutzen gegenübersteht. Bislang bezogen sich die Organkreditvorschriften lediglich auf „Kredite“. **Nunmehr sollen alle „sonstigen Geschäfte“, u. a. auch Dienstleistungsgeschäfte, Käufe und Verkäufe von Vermögensgegenständen, Bauverträge und Ausbuchungen, umfasst sein.** Damit sind nun beispielsweise auch Wertpapierkäufe und -verkäufe, Käufe von Büromaterial, Zahlungsverkehrsgeschäfte, Caterings und Reinigungsverträge betroffen.

Werden diese Geschäfte mit natürlichen Personen abgeschlossen, sieht der durch das RiG geänderte § 15 KWG **keine Bagatellgrenze** vor – anders als bei Geschäften mit Unternehmen. Auch für kleinste Beträge wäre dann ein Beschlussverfahren erforderlich.

Das ist insbesondere für Geschäfte relevant, die nicht zu den häufig abgeschlossenen klassischen Bankgeschäften zählen und für die aufgrund der Vielfalt der infrage kommenden Geschäfte kein Vorratsbeschluss gefasst wurde. Dies führt in der Praxis dazu, dass beispielsweise schon ein Kauf von Druckerpapier, welches in der Filiale benötigt wird, bei dem örtlichen Schreibwarengeschäft, welches vom Sohn eines Vorstandmitglieds als Einzelkaufmann geführt wird, den Tatbestand von § 15 Abs. 6 KWG erfüllt. Für diesen Kaufvertrag über wenige Euro müssten dann vorab Beschlüsse von der Geschäftsleitung und dem Aufsichtsorgan des Institutes eingeholt, sowie die Marktmäßigkeit des Kaufpreises geprüft und dokumentiert werden.

Aber auch bei geringfügigen Geschäften von volljährigen Kindern oder Eltern von Aufsichtsratsmitgliedern (z.B. Betriebsratsmitglieder) des beherrschenden Unternehmens des Kreditinstituts, die zunächst nicht im Vorratsbeschluss berücksichtigt sind (z.B. Miete eines Schließfachs), bedarf es hierfür der Beschlussfassung der Geschäftsführung des Instituts und des Aufsichtsrates sowie des Aufsichtsrates des beherrschenden Unternehmens. Dies ist nicht nur unverhältnismäßig aufwendig, sondern auch unverhältnismäßig in Bezug auf das Datenschutzinteresse der Organe und deren Angehörigen, deren persönliche Daten und Geschäfte Gegenstand einer Beschlussfassung würden. Eine solche Bagatellgrenze läge damit unter datenschutzrechtlichen Aspekten im Interesse der Betroffenen und würde dazu beitragen, dem Prinzip der Datensparsamkeit zu entsprechen.

Aus Sicht der DK kann es nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen sein, die beispielhaft aufgeführten Geschäfte den Beschlussfassungspflichten des § 15 Abs. 1 KWG zu unterwerfen. Ein bankaufsichtsrechtliches Risiko kann durch solche Geschäfte – mit häufig vergleichsweise geringem Geschäftsvolumen – nicht entstehen.

Wir plädieren daher nachdrücklich dafür, die durch das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) anstehende Neufassung des KWG zu nutzen und für die „sonstigen Geschäfte“ nach § 15 Abs. 6 KWG eine Bagatellgrenze auch bezüglich der Geschäfte mit natürlichen Personen vorzusehen. Demnach wären dann „sonstige Geschäfte“ in einer Größenordnung von weniger als EUR 50.000 von den Organkreditvorgaben ausgenommen.

Formulierungsvorschlag für § 15 Abs. 6 Satz 2 KWG:

Satz 1 findet keine Anwendung, wenn das Geschäft mit einer Person nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3, 5 und 12 KWG weniger als 50.000 EUR beträgt.

IV. Veräußerung nachrangiger berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten und relevanter Kapitalinstrumente an Privatkunden - § 65b WpHG

Ebenfalls durch das Ende 2020 in Kraft getretene RiG wurde die Vorschrift des § 65b in das WpHG aufgenommen, aufgrund dessen – durch die Ausübung eines nicht zwingenden Wahlrechts in der BRRD – eine Mindeststückelung für sämtliche Instrumente des zusätzlichen Kernkapitals sowie des Ergänzungskapitals bei Veräußerung an Privatkunden in Höhe von 50.000 € bzw. 25.000 € bei kleinen, nicht-komplexen Instituten vorgenommen wurde. Wir halten die Regelung weiterhin für nicht sachgerecht und sogar willkürlich, da z.B. Aktien eines Instituts, die in der Haftungskaskade als erstes bei einem Bail-in herangezogen würden, von einem Privatkunden ohne Limitierung erworben werden können, aber etwa eine nachrangige Einlage dem Mindeststückelungserfordernis unterliegt. Die Umsetzung sollte dem Art. 44a BRRD entsprechen, der den Anwendungsbereich der Vorgaben bzgl. einer Mindeststückelung in Höhe von 50.000 Euro auf „Non Preferred Senior-Instrumente“ beschränkt hält. Instrumente des zusätzlichen Kernkapitals und des Ergänzungskapitals sind dagegen von den zwingenden Vorgaben des Art. 44a BRRD nicht erfasst. Eine über die Vorgaben der BRRD hinausgehende Regelung würde u.a. zu einer Fragmentierung des EU-Kapitalmarktes führen.

Formulierungsvorschlag für § 65b WpHG:

Unbeschadet der Vorschriften dieses Abschnitts dürfen nachrangige berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten nach § 2 Absatz 3 Nummer 40a des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes nur mit einer Mindeststückelung von 50 000 Euro veräußert werden.

Die Sätze 1 und 2 gelten nicht für Verbindlichkeiten, und relevante Kapitalinstrumente im Sinne dieser Vorschrift, die vor dem 28. Dezember 2020 begeben wurden.“