



Vorschläge zum Regierungsentwurf des Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetzes (FISG)

I. Gründe für unsere Stellungnahme

Der Gesetzentwurf ist eine Reaktion auf den Betrugs- und Skandalfall „Wirecard“. Angesichts dessen Reichweite und Auswirkungen verstehen wir das Bedürfnis, politisch und gesetzgeberisch zu reagieren. Die zu ergreifenden Maßnahmen sollten jedoch anderweitige Bestrebungen, den Finanzplatz für die Ansiedlung von Instituten attraktiv zu machen, nicht beeinträchtigen. Im Zuge des Brexits hat die deutsche Politik keine Mühen gescheut, diese Ansiedlung zu fördern.

Die im Gesetzentwurf angelegten Neuerungen im Hinblick auf die Beaufsichtigung von Auslagerungen durch Institute würden die Attraktivität des Finanzplatzes jedoch beeinträchtigen. Die Auslandsbanken und ausländischen Finanzdienstleister in unserem Verband sind ausnahmslos in die Strukturen und Arbeitsabläufe von internationalen Konzernen eingebunden. Die Möglichkeit von Auslagerungen von Aktivitäten und Prozessen ist daher unverzichtbar.

Einige der geplanten Maßnahmen befinden sich weitgehend im Einklang mit europäischen Vorgaben und international üblichen Vorgehensweisen, nämlich die im Gesetzentwurf vorgesehene Pflicht, ein Auslagerungsregister zu führen (§ 25b Abs. 1 E-KWG) und die Pflicht von Auslagerungsunternehmen zur Auskunftserteilung gegenüber der Aufsichtsbehörde (§ 44 Abs. 1 Satz 1 E-KWG). Diese Maßnahmen werden von uns nicht kritisiert.

Andere der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen beruhen jedoch auf einem nationalen „Goldplating“. Sie finden keine Entsprechung im EU-weiten Konsens über eine wirksame Beaufsichtigung von Auslagerungen. Die erst vor wenigen Monaten aktualisierten Leitlinien der European Banking Authority (EBA) zu Auslagerungen ([hier abrufbar](#)) schaffen ein sorgfältig austariertes und strenges Regulierungsumfeld. Es belastet die Institute einerseits sehr, hat aber den Vorteil der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen an allen Standorten in der EU. Letzterer Vorteil ergibt sich aber nur unter der Voraussetzung, dass nationale Gesetzgeber davon Abstand nehmen, zusätzliche Sonderregeln zu schaffen. Derjenige EU-Mitgliedsstaat, der dies tut, benachteiligt seinen eigenen Bankenstandort. Mit dem vorgelegten Gesetzentwurf besteht leider genau diese Gefahr.

II. Petita des Verbandes der Auslandsbanken

Petitem 1

Direkte Anordnungen an Auslagerungsunternehmen

Der in Art. 5 Nr. 4 Buchst. c) vorgeschlagene neue § 25b Abs. 4a E-KWG begegnet höchsten Bedenken und sollte gestrichen werden.

Er lautet im Entwurf:

„(4a) Die Bundesanstalt kann auch unmittelbar gegenüber Auslagerungsunternehmen, auf die wesentliche Aktivitäten und Prozesse im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 ausgelagert wurden, im Einzelfall Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind,

1. um Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu verhindern oder zu unterbinden oder
2. um Missstände bei dem Institut zu verhindern oder zu beseitigen, welche die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen.“

Begründung:

I. Fehlende Durchsetzbarkeit

Der Entwurfstext unterliegt zunächst einigen Fehlvorstellungen mit Blick auf die Möglichkeit, gegenüber Auslagerungsunternehmen direkt verwaltungsrechtlich einzugreifen.

- In Nr. 1 der Vorschrift wird davon ausgegangen, dass es Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen durch Auslagerungsunternehmen geben könne. Das bereits ist nicht richtig. Diese Unternehmen sind meist keine Institute. Daher sind die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen beispielsweise des Kreditwesengesetzes auf sie gar nicht anwendbar.
- Dies gilt noch deutlicher, wenn ein betreffendes Auslagerungsunternehmen seinen Sitz im Ausland hat und daher dem territorialen Geltungsbereich des deutschen Verwaltungsrechts, insbesondere des KWG, nicht unterworfen ist.
- Darüber hinaus wird ein Vorgehen gegen ein Auslagerungsunternehmen wegen eines Missstands, der bei einem Institut auftritt (Nr. 2), regelmäßig unzulässig sein, weil die Aufsichtsbehörde immer die Möglichkeit hat, das Institut selbst zur Abhilfe zu verpflichten. Es sind keine Fälle ersichtlich, in denen die der Aufsicht zur Verfügung stehenden Mittel gegenüber dem Institut nicht ausreichend sein könnten, um spätestens im Verwaltungsvollzug das gewünschte Ergebnis zu erzielen.

- Ein direktes Vorgehen gegenüber dem Auslagerungsunternehmen würde außerdem das für das Handeln des Auslagerungsunternehmens nach § 25b Abs. 1-4 KWG verantwortliche Institut umgehen und begegnet deshalb Bedenken, da in dessen Organisation eingegriffen würde, ohne dass ein entsprechender Verwaltungsakt dem Institut gegenüber vorläge.

II. Europäischer Konsens zur Aufsicht über Auslagerungen

Die o.g. Hindernisse beim direkten Durchgriff auf Auslagerungsunternehmen sind unseres Erachtens auch der Grund dafür, dass international und im EU-Recht direkte Eingriffsrechte der Aufsichtsbehörden auf Auslagerungsunternehmen bis dato nicht vorgesehen sind. Der internationale und auch in der EU übliche Standard, der in den EBA-Leitlinien zu Auslagerungen zum Ausdruck kommt, ist, dass Aufsichtsbehörden die ihnen unterstehenden Institute im Hinblick auf das ordnungsgemäße Risikomanagement bei Auslagerungen beaufsichtigen und ggf. auf ein Institut einwirken, um ein ordnungsgemäßes Verhalten zu bewirken. Dagegen ist die Beaufsichtigung der ausgelagerten Funktionen bei den Auslagerungsunternehmen ausdrücklich und eindeutig eine Verantwortung des Instituts, ebenso wie das Ergreifen von Maßnahmen bei Mängeln oder gesetzwidrigem Handeln. Dies wurde jüngst in den oben zitierten [EBA-Leitlinien](#), Textziffer 105, noch einmal ausdrücklich geschildert und beschrieben. Dort heißt es wörtlich:

„Die Institute sollten geeignete Maßnahmen ergreifen, wenn sie Mängel bei der Durchführung der ausgelagerten Funktion feststellen. Insbesondere sollten die Institute und Zahlungsinstitute etwaigen Hinweisen nachgehen, dass die Dienstleister möglicherweise die ausgelagerte kritische oder wesentliche Funktion nicht wirksam oder in Einklang mit den geltenden Gesetzen und aufsichtlichen Anforderungen erfüllen. Falls Mängel ermittelt werden, sollten die Institute und Zahlungsinstitute geeignete Korrektur- oder Abhilfemaßnahmen ergreifen.“

Die Aufsichtstätigkeit muss daher, wie im heute geltenden Wortlaut des § 25b KWG festgelegt, davon ausgehen, dass das Institut und dessen Geschäftsleitung für die ausgelagerten Aktivitäten die Verantwortung trägt. In diesem Zusammenhang greifen Aufsichtsbehörden über das Institut ein, falls es Fehlentwicklungen gibt. Dies wird abgesichert durch detaillierte Vorgaben dahingehend, wie das Risikomanagement des Instituts beschaffen sein muss und welche Aufgaben es zu erledigen hat, sowie durch im Auslagerungsvertrag festgelegte vertragliche direkte Prüfungs- und Informationsrechte der Aufsichtsbehörden bei den Auslagerungsunternehmen.

Da der geschilderte Aufsichtsansatz in der EU konsensfähig ist und sachgerecht funktioniert, erschließt sich die Notwendigkeit nicht, warum die Aufsicht darüber hinausgehende Kompetenzen erhalten soll.

III. Potentiell negative Auswirkungen auf den Finanzplatz

§ 25b Abs. 4a E-KWG droht insoweit negative Folgen für den Finanzplatz zu haben, als dass in Deutschland ansässige Institute nicht mehr in international üblicher Art und Weise an Mehrmandantendienstleister für Institutsgruppen („Hubs“) angebunden werden können.

Denn die in dieser Form unübliche Durchgriffsmöglichkeit einer nationalen Aufsichtsbehörde stellt aus Sicht dieser Mehrmandantendienstleister ein unkalkulierbares operationelles Risiko dar. Es könnte deren Tätigwerden für internationale Bankengruppen beeinträchtigen, wenn die deutsche Aufsicht aufgrund ihres notwendigerweise nationalen Verständnisses eines Sachverhalts eingreifen würde und dadurch Abläufe und Prozesse durcheinanderbrächte oder sogar stoppte, die für Institute aus mehreren Jurisdiktionen gestaltet und von dortigen Aufsichtsbehörden gestattet wurden.

Die Anbindung an die spezialisierten „Hubs“ der Gruppe ist für Auslandsbanken eine unverzichtbare Tätigkeitsvoraussetzung. Der Gesetzgebungsvorschlag hat daher leider an dieser Stelle das Potential, sich als belastendes Kriterium für eine Ansiedlung von Auslandsbanken in Deutschland zu erweisen.

Petitem 2

Weitere direkte Anordnungsbefugnisse an Auslagerungsunternehmen (Folgeänderungen zu Petitem 1)

Unsere unter Petitem 1 vorgebrachten Bedenken erstrecken sich auch auf weitere im Gesetzentwurf angelegte neue Anordnungsbefugnisse gegenüber Auslagerungsunternehmen.

Mit derselben Begründung wie oben unter Petitem 1 würden wir daher darum bitten, die folgenden Änderungen aus dem Gesetzentwurf zu streichen:

- § 25h Absatz 5 E-KWG (Anordnungsbefugnis bei Auslagerungen von internen Sicherungsmaßnahmen)
- § 45b Absatz 3 E-KWG (Anordnungsbefugnis bei organisatorischen Mängeln; diese vorgeschlagene Regelung ist praktisch inhaltsgleich zu § 25b Absatz 4a E-KWG)
- § 88 Abs. 2a E-WpHG
- § 26 Absatz 2a E-ZAG, § 27 Absatz 3 Satz 3 E-ZAG
- § 36 Absatz 5a E-KAGB

Petitem 3

Zustellungsbevollmächtigte

Wir bitten darum, den in Art. 5 Nr. 4 Buchst. b) vorgeschlagenen neuen Satz 4 des § 25b Abs. 3 E-KWG wieder zu streichen. Er lautet:

„Hat bei einer wesentlichen Auslagerung ein Auslagerungsunternehmen seinen Sitz in einem Drittstaat, ist vertraglich sicherzustellen, dass das Auslagerungsunternehmen einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten benennt, an den Bekanntgaben und Zustellungen durch die Bundesanstalt bewirkt werden können.“

Ebenso sollten § 26 Absatz 1 E-ZAG und § 36 Absatz 1 Nr. 7 E-KAGB gestrichen werden, die Zustellungsbevollmächtigte für solche Auslagerungsunternehmen bei Zahlungsinstituten und Kapitalverwaltungsgesellschaften verpflichtend machen.

Begründung:

Die Schaffung von Zustellungsbevollmächtigten von Auslagerungsunternehmen aus Drittstaaten soll erkennbar zumindest die Zustellung von direkten aufsichtlichen Maßnahmen gegenüber diesen Auslagerungsunternehmen ermöglichen.

Eine erfolgreiche Zustellung ändert jedoch nichts daran, dass entsprechende Verwaltungsakte an Auslagerungsunternehmen mit Sitz im Ausland inhaltlich und rechtlich fragwürdig wären, aus den oben in der Begründung zu Petitem 1 unter I. genannten Gründen.

Die Festschreibung des Schaffens eines Zustellungsbevollmächtigten ist außerdem im internationalen Vergleich ungewöhnlich. Innerhalb der EU haben die EBA-Leitlinien zu Auslagerungen einen Standard geschaffen, an dem sich alle Marktteilnehmer und Aufsichtsbehörden orientieren. Die EBA-Leitlinien enthalten Vorschriften darüber, welche organisatorischen Vorkehrungen und Voraussetzungen gerade bei Auslagerungen an Dienstleister mit Sitz in Drittstaaten einzuhalten sind. Die Schaffung von Zustellungsbevollmächtigten gehört nicht dazu (s. [EBA-Leitlinien](#), Textziffer 63).

Eine Verschärfung dieses Standards auf nationaler Ebene durch Goldplating wird dadurch auf Akzeptanzprobleme stoßen. Gerade soweit es Dienstleister in Drittstaaten, das heißt in einem internationalen Umfeld, betrifft, wird eine solche nationale Besonderheit kaum Verständnis hervorrufen.

Wir möchten außerdem auf unsere Kommentierung zur Einführung von direkten Zugriffsmöglichkeiten der Aufsicht auf Auslagerungsunternehmen verweisen (s. Petita 1 und 2). Würde, was wir hoffen, unseren Petita entsprochen, dann wäre auch die Schaffung von Zustellungsbevollmächtigten obsolet.