

# Stellungnahme

im Rahmen der BaFin Konsultation 11/2018 zum Entwurf  
eines Merkblattes zu § 60a SAG

Geschäftszeichen BaFin: AG 3-FR 1903-2018/0001

Unsere Zeichen

AZ DK: BaFin

AZ DSGVO: 6010

Kontakt: Jessica Glaser

Telefon: +49 30 20225- 5332

Telefax: +49 30 20225- 5325

E-Mail: [Jessica.Glaser@dsgv.de](mailto:Jessica.Glaser@dsgv.de)

Berlin, 14.08.2018

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](http://www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de)

## Allgemeine Anmerkungen

### ▪ **Gemeinsames Verständnis**

Wir begrüßen die Klarstellung, dass die Ausführungen im Merkblatt das gemeinsame Verständnis zwischen FMSA und Deutscher Kreditwirtschaft vom 11. Februar 2016 über die praktische Umsetzung der Pflichten aus § 55 und 60a SAG (Gemeinsames Verständnis) unberührt lassen.

Diese Klarstellung ist wichtig, da deutsche Kreditinstitute bei der praktischen Umsetzung der Pflichten aus §§ 55 und 60a SAG (vertragliche Anerkennungspflichten) dieses Gemeinsame Verständnis seit geraumer Zeit zugrunde legen und auf dieser Basis Umsetzungskonzepte erstellt haben, die bereits Gegenstand der Abwicklungsfähigkeitsprüfung und des Dialogs zwischen den jeweiligen Instituten und den zuständigen Aufsichts- bzw. Abwicklungsbehörden waren.

Daran schließt sich das Verständnis an, dass die Veröffentlichung des Merkblatts die auf der Grundlage der Umsetzungskonzepte getroffenen Feststellungen und ergriffenen Maßnahmen zur Umsetzung der vertraglichen Anerkennungspflichten unberührt lässt und insbesondere – jedenfalls ohne besonderen Anlass – auch keine Pflicht zur Überprüfung und Neuausrichtung des Umsetzungsplans nach sich zieht (zur nach unserem Verständnis nur auf Anforderung anfallenden Pflicht zur Übermittlung detaillierter Angaben und dem hier erforderlichen Detaillierungsgrad, siehe nachfolgende Anmerkungen).

### ▪ **Vertragstyp- bzw. Finanzkontrakt-Typenbezogene Angaben**

Ebenfalls zu begrüßen ist die weiterhin erfolgte Klarstellung, dass etwaige angeforderte detaillierte Angaben zu den Finanzkontrakten, bei denen die Pflichten aus § 60a SAG nicht umgesetzt werden können, übergreifend, d.h. bezogen auf den Vertragstyp- bzw. die Finanzkontrakte-Kategorie gemacht werden können.

In den laufenden Gesprächen zwischen der Deutschen Kreditwirtschaft und der FMSA/BaFin über die Umsetzung der vertraglichen Anerkennungspflichten im Hinblick auf Finanzkontrakte hatte die Deutsche Kreditwirtschaft eine Reihe von Produktkategorien identifiziert, bei denen eine Umsetzung aus faktischen Gründen zum Teil generell oder aber in bestimmten Konstellationen nicht möglich sein wird. Die Ergebnisse der entsprechenden produktbezogenen Analyse zur praktischen Umsetzbarkeit der vertraglichen Anerkennungspflichten der Deutschen Kreditwirtschaft sind in Entwürfen einer Produktübersicht sowie eines Auslegungspapiers zusammengefasst worden. Wir gehen davon aus, dass die in diesen Dokumenten vorgenommenen Kategorisierungen und Informationen zu möglichen Umsetzungsproblemen weiterhin eine geeignete Orientierungshilfe für die Kreditinstitute sind und sich diese etwa bei der erforderlichen Kategorisierung von Finanzkontrakte-Typen und auch ihren Begründungen an den dort festgehaltenen Ergebnissen orientieren können.

Eine übergreifende Betrachtung bei den zu übermittelnden Informationen ist sachgerecht, da – wie bereits ausgeführt – die Nichtumsetzbarkeit in vielen Fällen nicht auf die Umstände des Einzelfalls zurückzuführen ist, sondern der betreffenden Produktkategorie als solcher geschuldet ist. Eine übergreifende Darstellung ist hier schon allein zur Vermeidung unverhältnismäßiger Belastungen zwingend geboten. Dies gilt erst recht angesichts des im Merkblatt weiterhin vertretenen, sehr weiten Verständnisses des Finanzkontrakte-Begriffs: So wird es Instituten gerade bei den nach dem Merkblatt ausdrücklich als Finanzkontrakte eingestuftes Wertpapier-Kassageschäften aus den bekannten Gründen (die verpflichteten Institute können die bestehende Marktpraxis, die entsprechende vertragliche Absprachen nicht zulässt, nicht einseitig ändern) regelmäßig nicht möglich sein, die geforderten

vertraglichen Anerkennungsklauseln durchzusetzen. Angesichts des Bargeschäftscharakters und der regelmäßig sehr kurzen Abwicklungsfristen dürften diese Geschäfte für Abwicklungsmaßnahmen aber irrelevant sein. Gleiches gilt aber letztlich entsprechend auch für Devisenkassageschäften und über SWIFT bestätigte Interbankkredite.

▪ **Prüfung der Umsetzbarkeit im Rahmen der Abwicklungsfähigkeitsprüfung und Übermittlung der Angaben nur auf Anforderung**

Aus unserer Sicht außerordentlich wichtig ist zudem die Klarstellung, dass

- die Umsetzung der Anforderungen des § 60a SAG Teil der Abwicklungsplanung - mithin Gegenstand der Abwicklungsfähigkeitsprüfung – ist (Ziff. II, erster Absatz), und
- die Angaben nur auf Anforderung (auf Grundlage des § 42 SAG) zu übermitteln sind (Ziff. II, letzter Absatz).

Beides zusammen stellt sicher, dass Fragen zur praktischen Umsetzung und den Auswirkungen einer Nichtumsetzung auf die Abwicklungsfähigkeit im direkten Austausch mit der zuständigen Abwicklungsbehörde adressiert und vor allem die ggf. angeforderten detaillierten Angaben auf den jeweiligen konkreten Diskussionsstand und die institutsspezifischen Besonderheiten zugeschnitten werden können – so dass die Abwicklungsbehörde die Informationen (insbesondere hinsichtlich Art und Umfang) erhält, die auch tatsächlich benötigt und ausgewertet werden können.

▪ **Datenformate**

Das Merkblatt äußert sich nicht zu den Datenformaten. Wir gehen davon aus, dass die Formate und weiteren Einzelheiten im direkten Austausch und im Zusammenhang mit der Anforderung abgestimmt werden. Dies würde den Instituten auch die Gelegenheit einräumen, soweit wie möglich auf Datensätze und Formate zurückzugreifen, die bereits für andere Datenübermittlungen und Abfragen zusammengestellt worden sind.

▪ **Künftige gesetzliche Regelung auf EU-Ebene, und Bedarf für Fortsetzung des Dialogs**

Im Rahmen der laufenden Überarbeitung der BRRD wird die Einführung einer § 60a SAG inhaltlich weitgehend entsprechenden Bestimmung erwogen. Die Deutsche Kreditwirtschaft begrüßt grundsätzlich eine solche weitere Vereinheitlichung des europäischen Rechtsrahmens. Allerdings wird sich die Frage stellen, welche Auswirkungen die künftige EU-einheitliche Regelung auf den § 60a SAG und die inzwischen entwickelte Auslegungs- und Anwendungspraxis haben wird. Es sollte in jedem Fall soweit wie möglich vermieden werden, nationale Anforderungen zu stellen, die aufgrund der neuen EU-Bestimmung in Kürze unter Umständen geändert werden müssten. Zudem sollten die für deutsche Institute geltenden Vorgaben im Hinblick auf vertragliche Anerkennungspflichten nicht über die europaweit einheitlichen Anforderungen hinausgehen.

Gerade auch vor diesem Hintergrund würden wir es sehr begrüßen, wenn der Dialog zwischen Deutscher Kreditwirtschaft und der BaFin über praktische Umsetzungsfragen im Zusammenhang mit § 55 und 60a SAG bzw. im Hinblick auf Finanzkontrakte fortgesetzt wird.

## Anmerkungen zu einzelnen Punkten

### ▪ Abschnitt II - Proportionalitätserwägungen

Unserer Ansicht nach sollte im Zusammenhang mit der Darstellung des "Durchsetzungsermessens" im einleitenden Absatz von Abschnitt II. des Entwurfs des Merkblatts eine geringfügige Ergänzung vorgenommen werden, um den Inhalt von § 60a Abs. 4 SAG unter Beachtung der dazu ergangenen Begründung aus Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (Drs. 18/6091) noch klarer herauszuarbeiten. Die Beschreibung der Kriterien für die Ausübung des "Durchsetzungsermessens" waren zunächst nicht im Gesetzentwurf der Bundesregierung enthalten, sondern wurden erst im Rahmen der Beratungen im Finanzausschuss eingefügt. Kriterien für die Ausübung des "Durchsetzungsermessens" sind danach einerseits in tatsächlichen und rechtlichen Umständen zu verorten. So führt die Begründung in Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses aus: *"Die Durchsetzung der von § 60a SAG geforderten Klauseln gegenüber den Vertragspartnern kann sich in bestimmten Fällen als besonders schwierig darstellen und gegebenenfalls mehr Zeit benötigen. Solche Sonderfälle können etwa im Geschäftsmodell des Instituts oder gruppenangehörigen Unternehmens, im betroffenen ausländischen Markt oder im betroffenen Vertragstyp begründet sein."* Daneben bestehen andererseits aber auch Kriterien, die offensichtlich Bezüge zu Proportionalitätsaspekten aufweisen. Zu diesen Kriterien zählen Systemrelevanz sowie die zu erwartenden Auswirkungen auf die Abwicklungsfähigkeit des betroffenen Instituts. Gerade die Relevanz der Auswirkungen auf die Abwicklungsfähigkeit wird in der Begründung auch gesondert und getrennt von den übrigen Kriterien genannt.

Ferner gehen wir davon aus, dass es sich bei dem Ermessen der Abwicklungsbehörde in § 60a Abs. 4 SAG, die in Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses als „Durchsetzungsermessens“ bezeichnet wird, um ein Entschließungsermessens handelt, bei dem die Abwicklungsbehörde über das „Ob“ eines Verwaltungsaktes entscheidet.

Die genannten Proportionalitätsaspekte könnten durch eine geeignete Ergänzung, etwa wie folgt berücksichtigt werden (vorgeschlagene Ergänzungen in Fettdruck hervorgehoben):

#### *„II. Abfrage detaillierter Angaben in Fällen, in denen keine Umsetzung erfolgt ist*

*Die Prüfung der angemessenen Umsetzung der Anforderungen aus § 60a SAG erfolgt im Rahmen der Abwicklungsplanung.*

*In Fällen, in denen die Pflichten nach § 60a Abs. 1 bis 3 SAG nicht umgesetzt worden sind, kann die Abwicklungsbehörde diese mittels Verwaltungsakt gemäß § 60a Abs. 4 SAG durchsetzen. Bei der Ausübung ihres Ermessens kann die Abwicklungsbehörde insbesondere die Besonderheiten des Geschäftsmodells, des betroffenen ausländischen Marktes, des betroffenen Vertragstyps und die Systemrelevanz sowie die zu erwartenden Auswirkungen auf die Abwicklungsfähigkeit des betroffenen Instituts oder gruppenangehörigen Unternehmens, im Fall des Abs. 3 des gruppenangehörigen Unternehmens mit Sitz im Inland berücksichtigen. **Neben rechtlichen und tatsächlichen Aspekten werden damit auch Proportionalitätserwägungen bei der Ausübung des Entschließungsermessens berücksichtigt.**“*